

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La novación modificativa en el objeto de las obligaciones

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Mario Alberto Muñoz Quesada

Madrid, 2015

Rd. 63927

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

513



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322941337

LA NOVACION MODIFICATIVA EN EL

OBJETO DE LAS OBLIGACIONES

Tesis para optar
al título de
Doctor en Derecho



BIBLIOTECA
DE DERECHO

MARIO ALBERTO MUÑOZ QUESADA

1. 979

- I -

DEDICATORIA

A mis queridos padres y hermanos,
con profundo aprecio y gratitud por
orientarme siempre a la búsqueda de
la verdad y la justicia.

AGRADECIMIENTO

Al ilustre maestro Prof. Dr. Don Manuel Albaladejo García, quien, - desde su aceptación como Director de este trabajo, incondicionalmente me ha brindado su valioso y oportuno criterio científico; a la Corte Su prema de Justicia de Costa Rica, - que me permitió estos estudios y a España, patria madre, grande y - única.

Yo te diré el camino por
donde antes. Te instrui-
ré, pues tengo mis ojos
fijos en tí.

Sal. 31:8

Porque El me dió la cien-
cia verdadera de las co-
sas, y el conocer la cons-
titución del universo y la
fuerza de los elementos.

Sab. 7:17

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene una finalidad aclarativa y a la vez explicativa de la modificación de las obligaciones, desde una perspectiva eminentemente doctrinal y jurídico-legal, tal y como se encuentra regulada en el Código civil español, acompañado de algunas consideraciones y análisis personales sobre la investigación realizada y la opinión vertida sobre el tema por la doctrina científica.

Así, desde este ángulo y en palabras de Sacho Rebullida (La - novación de las obligaciones, pág. 298), muy modestamente hemos asumido una tarea de "clarificar, distinguir, rectificar. No consa- grar desviaciones ni obtener, de su desviación prolongada, conse- cuencias extremas... ", puesto que distinguimos, a pesar de los - errores del texto legislativo, que novación y modificación son dos - conceptos e instituciones que responden a distintas fuentes de origiⁿ nación sin que en la actualidad exista relación alguna entre ambas. Y es que, efectivamente, el Código las confunde y entremezcla en una literatura ambigua y demasiado ligera que oscurece y subsume esta institución en la novación de efectos fatales y destructores, por lo que se impone forzosamente su separación y diferenciación.

En un principio pensábamos desterrar, por este trabajo, la - novación y reducirla, por su escasa utilidad práctica, a que quedaⁿ ra sujeta a los límites de la libre voluntad contractual, más cuando nos percatamos que una y otra atienden a distintas sedes de la obliⁿ gación y que nuestra misión es demostrar la necesaria y urgente - justificación de la modificación, obtenemos un resultado halagüeño por cuanto ninguna de las dos se obstaculizan en su funcionalidad,

lo que produce indefectiblemente el reconocimiento de la que nos proponíamos combatir. Ahora, consciente de ello, le reconocemos para algunos casos y situaciones su necesidad práctica e institucional, aunque su uso sea escaso, por responder a otra realidad muy diferente de la que nos proponemos explicar. Sin embargo, debido a la interrelación de conceptos que el Código plasma, es obligatorio el análisis de la novación, en primer lugar, con el fin de establecer su ámbito y mecanismo de operatividad y deducir de ello la construcción jurídico dogmático que a nuestro juicio es la más correcta en el Derecho español, y luego, para demostrar que la modificación no es ni siquiera un estadio previo de ella, ya que ésta es un sentido jurídico (único - que tenemos que considerar) extingue una obligación que no ha sufrido ninguna mutación como efecto suyo.

El entender, entonces, que la modificación brota y tiene su sede entre el nacimiento o constitución y la extinción de las obligaciones, nos lleva a conocer y determinar en lo posible su estructura - formal y su contenido así como el desarrollo de sus funciones y efectos, que no le asignan otras normas jurídicas fuera de las que tratan de la subrogación en pago o la cesión de créditos. De ahí la necesidad de recurrir a estas otras instituciones y a la asunción de deuda, que reconoce y admite la doctrina, para encontrar una base más firme que nos permita construir la que en éste intentamos, porque creemos que todavía no se le ha dado el lugar que le corresponde, toda vez que siempre se le ha visto, por hallarse embebida dentro de la Sección de la Novación, como un efecto menor y más débil de esa - otra institución que en nada le es similar.

La modificación objetiva predica la subsistencia de la obligación, al igual que las subjetivas, sin que deba considerarse el nacimiento de otra relación obligatoria, pues, a diferencia de la nova--

ción, no se dirige a toda la obligación en su conjunto, sino a un de terminado elemento y obedece, en principio, a una imposibilidad de cumplimiento de la prestación por factores extraños a su propia — composición; es la expresión de una voluntad y un deseo de las par tes de que con ella se facilite la agilización del crédito conforme a las necesidades del tráfico jurídico, y elimina el recurrir a un pro cedimiento más complicado y de efectos más graves. Por esto, sim ple y sencillamente preferimos eliminar la denominación que en el Derecho español se le ha otorgado, y que se debe a esa inmersión dentro de la novación, por encontrarla un contrasentido, ya que co mo dijimos, no existe en ambas instituciones, rasgos comunes que las asemejen, excepto en la confusión que el propio Código constru ye.

Entonces, no se pretenda encontrar en este trabajo juicios — certeros y soluciones específicas y definitivas a los problemas que surjan del tema, porque somos conocedores que las metas que el — mismo ofrece se encuentran más allá del alcance de nuestros pro pios recursos, sino que tratando de corregir una incorrecta defini ción, aprovechamos también la oportunidad de conocerlo y profundi zarlo, separándolo lo más objetivamente posible de la institución a la que todo el tiempo se le ha visto ligado. No obstante, puede ha— llarse un alto grado de subjetivismos y rogamos que se nos discul— pe, debido a que el estudio y las exigencias de las figuras así lo im ponen, máxime cuando se trata de delimitar el ámbito de operati— dad de cada una.

La omisión expresa a toda referencia histórica de la cual se — pudo haber palpado mejor el origen de la modificación, especialmen— te para cuando se quería la transmisión de los créditos y las deu—

das que se echaba mano a una forma ficticia de extinción, se debe a que hemos preferido plantear directamente la institución desde el punto de las normas legales actuales, eso sí, sin omitir alguna breve, mediante notas al pie de página, del sistema y evolución de la novación en el Derecho romano y su nueva concepción en el Derecho in-termedio.

El trabajo en general se encuentra compuesto de tres capítulos divididos cada uno en dos partes. En el capítulo primero se concretiza cuál es el objeto de la obligación y su necesario carácter patrimonial y se plantea, con mayor abundancia, todo lo referente a la novación en la doctrina y en el Derecho comparado (parte primera), determinándose la problemática de sus elementos y los casos concretos que se han dado, a un nivel general, con la de por cambio de objeto y por cambio de causa, para rematar concluyendo con el análi-sis de la doctrina y las normas legales en el Derecho español (parte segunda) y la interpretación que de la misma hacemos en base a la compaginación de las segundas. El capítulo segundo, concretamente atiende a la modificación (parte primera) y en esta se hace una referencia a las otras normas que en el Código permiten y regulan tipos de modificaciones, para luego establecer la naturaleza y extensión, los elementos o requisitos y la importancia de la voluntad de las partes en el convenio de modificación, como figura autónoma y unitaria cuya estructura jurídica precisa de éstos. Posteriormente se hace un breve estudio de la dación en pago (parte segunda) para demostrar que esta forma de extinción de las obligaciones no tiene ninguna relación con la otra institución, en el entendido de que con la prestación distinta en lugar del pago la obligación que se extingue lo hace íntegramente, aún con su originara prestación. Finalmente (capítulo tercero), se estima necesario, por un lago (parte primera)

dar a conocer cuál viene a ser la situación de las garantías y derechos accesorios que adornan la obligación que se modifica y los efectos que sobre las mismas se proyectan, no sin haber previamente establecido qué debe entenderse por subsistencia en cuanto a la novación se refiere, pues no ha de caber la menor duda que el efecto extintivo de ésta se extiende a éstas, en todos los casos en que se emplee, en forma rotunda e inexorable, sin ninguna clase de excepción, como por otro (parte segunda) lo relativo a los vicios que se derivan de la obligación y que se conservan con la modificación, salvo que ésta los convalide, excepto con la nulidad absoluta para la que no existe ninguna sanatoria, y a las excepciones, concretamente a la prescripción y a la non adimpleti contractus, más que todo con el fin de mostrar, a modo de ejemplos, que la modificación puede provocar el decaimiento de las ganadas, como que no obstaculiza en nada la oposición de las que nacen de la relación obligatoria.

Termina el presente trabajo con el enunciado general de las conclusiones logradas y debido a que en el mismo prácticamente se ha efectuado conjuntamente el estudio de la novación y la modificación de las obligaciones, se han separado para distinguir aquellas que atienden a la novación como institución común para todos los ordenamientos jurídicos de origen latino, de las de la novación en el Derecho español, a nuestro juicio bastante sui-generis si se hace una comparación con otras legislaciones, y las de la modificación, guardando en ellas, en lo que sea posible, una secuencia lógica con relación a todos y cada uno de los puntos desarrollados. Y, se incluye al final una relación detallada de toda la bibliografía usada y consultada, en orden alfabético por autores y una indicación de los cuerpos legales que nos han servido de referencia.

Valga como aclaración, que es necesario hacer, que las explicaciones que hemos hechos al Derecho costarricense en este trabajo y con relación a la novación y modificación obedece en buena dosis fundamentalmente a que nos sentimos obligados moralmente a corresponder en cierta medida a la valiosa oportunidad que se nos ha brindado de realizar esos estudios de postgrado y en no desaprovechar en éste, el comentario aclarativo de algunas normas legales - que están casi en estrecha relación con las del Código civil español puesto que podría decirse que la influencia de éste trascendió el océano y en buena parte sirvió de fundamento al nuestro. De ahí que más que un estudio comparativo, pues puede afirmarse que no hemos profundizado largamente las pocas alusiones a nuestro Derecho por falta de una abundante doctrina científica y por la imposibilidad de contar con toda la doctrina jurisprudencial de la Sala de Casación y los Tribunales Superiores, creemos que al centrarlo preferentemente al Derecho español, a quien debemos también agradecer por permitirnos iniciar en la investigación científica, se ha debido a que estas particulares instituciones fueron recogidas por nuestro Código - civil, por lo que el análisis de las normas del texto civil ajeno, tienen, en mayor grado, plena vigencia para nuestro Derecho patrio. Considerando lo anterior, decidimos omitir en las conclusiones finales las que se pudieran extraer de dichos comentarios.

CAPITULO PRIMERO

PARTE PRIMERA

LA NOVACION OBJETIVA EN EL DERECHO POSITIVO Y EN LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS.

1. - El objeto de la obligación

Ha existido, al menos, en las codificaciones de origen latino, incluida la española (1), así como en la doctrina que ha comentado la problemática que encierra el Derecho de Obligaciones, "cierta anarquía terminológica" (2) en cuanto a la conceptualización del objeto de las obligaciones.

La doctrina tradicional ha entendido siempre que el objeto de la obligación, esencialmente, lo constituyen las cosas y los servicios (3), identificándose la cosa como real, de cuerpo cierto y determinable en su género (4), no sin dejar de hacerlo el Código civil español, pues en él existe una total imprecisión al presentar, por un lado, las cosas y los servicios como objeto del contrato y, por el otro, no definir qué constituye el objeto de la obligación.

Creemos, sin temor a equivocarnos, que la confusión legislativa y doctrinal, al entender por objeto de la obligación las cosas y los servicios, se debió desde un principio a la errada concepción de enfocar és-

(1) Veáanse los artículos 1.271, 1.272 y 1.273 del Código Civil.

(2) Hernández Gil, Antonio. Derecho de Obligaciones, (Sucesores de Rivadeneyra, 2ª ed., 2ª reimpr., Madrid, 1976), p. 94.

(3) Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho civil español (Ed. Rev. — Der.Priv., Madrid, 1945) T. IV, vol. I. pp. 26-27.

(4) Josseland Louis, Derecho civil (EJEA, Bosch y cía, editores, trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950), T. II, vol. I, p. 83 y ss.

tos concretamente con las prestaciones positivas, más solamente con - aquéllas de "dar", que consisten "generalmente en la entrega de una - cosa, bien sea con ánimo de transmitir la propiedad u otro derecho sobre la misma, bien sea con alcance meramente posesorio" (5), en donde el "dare" es considerado como un mecanismo traslativo de la titularidad de un derecho (6).

Sin embargo, nuevas corrientes doctrinales, comentando legislaciones más modernas que no han brotado del antiguo Code Napoléon, entienden y definen hoy como objeto de la obligación la prestación, entendida ésta como aquella conducta del deudor en forma de actividad, requerida a satisfacer un interés del acreedor en el exacto y voluntario cumplimiento (7).

Y, no falta algún Derecho extranjero, como el Código civil italiano en el artículo 1.174, en prescribir que la prestación forma el objeto de la obligación, como hay otros que, por el contrario, no dicen nada y - más bien confunden y mezclan vocablos y conceptos jurídicos, dando -

(5) Espín Cánovas, Diego. Manual del Derecho civil español, (Ed. Rev. Der. Priv., 5ª ed., Madrid, 1.978), vol. III, pp. 53-54.

(6) Díez Picazo, Luis, Lecciones de Derecho civil (Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Copigraf, Madrid, 1967). T. II, p. 233).

(7) Cfr., entre otros, Albaladejo García, Manuel, Derecho civil (Librería Bosch, Barcelona, 1.975) T. II, vol. I, p. 16. - Espín Cánovas, Op. cit., p. 43; Hernández Gil, op. cit., p. 98 y ss.; Messineo Francesco, Manual de Derecho civil y comercial (EJEA, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1955), T. IV, p. 43; Mazeaud y Mazeaud, Lecciones de Derecho civil (EJEA, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1960) Parte II, vol. I, p. 267.

como resultado un total desconocimiento en la materia (8).

La prestación (9), entonces, como conducta o actividad del deudor encaminada a satisfacer el interés del acreedor, es exigible a aquél, tal como manifiesta el artículo 1.088 del Código civil español, mediante hechos positivos o negativos que se traducen en las tres clases conocidas: de dar, hacer o no hacer (10).

A esto debemos añadir, aclarando los anteriores conceptos que, - en algunos casos, generalmente en los contratos reales las cosas materiales o corporales, que son el objeto de la prestación de dar, y - así entendidas, integran también el objeto de la obligación (11); que - como el resto de las otras prestaciones que reconoce la ley, deben - reunir los requisitos señalados por la misma (12) para poder entrar -

-
- (8) Véase el artículo 629 del Código civil de Costa Rica: "Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, y puede referirse a todas las cosas que están en el comercio de los hombres, aún a las futuras como los frutos por nacer". A nuestro entender, este artículo del Código patrio confunde amplia y totalmente la prestación con las cosas y da a entender que el objeto lo forman éstas. Aparte de indicar las tres clases de prestaciones, confunde la cosa material o real con la de dar, tal como antes ya lo manifestamos.
- (9) Cfr. Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho civil (Ed. Tecnos, 2ª reimpr., Madrid, 1978) vol. II, p. 108, quienes dicen que "la prestación no es nunca una entidad o fenómeno abstracto, sino que aparece como causa de realización de fines y de intereses de tipo empírico. Es un medio de satisfacción del interés del acreedor. El deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para que el acreedor obtenga la satisfacción de un interés, que puede ser de tipo económico, pero que puede - ser también de orden espiritual, ideal o afectivo".
- (10) Hernández Gil, op. cit., p. 96, dice que "el término cosa no se utiliza por el art. 1088 en el sentido de cosa así estáticamente entendida, ni en el de una determinada cosa real, material o corporal. Habla de cosa en un sentido funcional o de relación. No dice que el objeto de la obligación es una cosa, o que toda obligación tiene por objeto una cosa. Lo que afirma es que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La referencia a la cosa

en el tráfico jurídico-económico de las relaciones sociales sometidas a tutela legislativa. En este sentido es que en la legislación se acentúa la confusión entre la materia que pretendemos clarificar y el objeto del contrato (13). Pero, aparte de lo antes dicho, creemos, abandonando - indudablemente la interpretación legal, que el objeto del contrato no es único y estático, sino variable en cuanto a los intereses económicos de los contratantes y que puede ser de la más diversa índole, sobre toda - clase de bienes existentes, que estén dentro del comercio de los hom-- bres, así como también de aquellos futuros; es decir, materia del con-- trato son los derechos que se tienen sobre bienes corporales como del

(cont. pág. ant.) o a las cosas no está hecha con el propósito de - expresar que ellas son en sí y en cuanto tales objeto. El objeto, se - gún el texto del precepto, no está constituido por las cosas, sino - por el acto de dar, hacer o no hacer alguna cosa".

- (11) Cfr. Hernández Gil, op. cit., p. 99, quien afirma que "cuando la - obligación consiste en dar o entregar una cosa, la cosa en sí, aun- que no integre ella sola el objeto, forma parte de él. Luego la pres- tación, que siempre es conducta, puede estar referida o no a las - cosas. Si va referida a las cosas como en las prestaciones de dar - aquellas se incorporan al objeto"; asimismo, Díez Picazo y Gullón op. cit., p. 108: "cuando la prestación objeto de la obligación es - un dar, ésta idea se hace sinónima de la entrega (cfr. art. 1157). En - términos generales, la entrega es un traspaso posesorio y consiste - en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome - posesión de una cosa. En cuanto entrega, la prestación de dar tie- - ne una función instrumental y es un procedimiento para obtener una - finalidad más amplia".
- (12) Estos requisitos que son los que se refieren a la licitud, posibili-- dad y determinación de la prestación, no son materia de este estu-- dio. Baste solamente la mención, pudiéndose, en cuanto a la proble-- mática, Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 16 y ss; de Cossío, AL- fonso, Instituciones de Derecho civil (Alianza Universidad, Madrid, 1977), I, p. 225 y ss.
- (13) "El objeto del contrato y el de la obligación coinciden. Hablar de - objeto del contrato o de objeto de la obligación, es referirse al mis- mo fenómeno contemplado en dos fases de su manifestación y desa- rrollo", Hernández Gil, op. cit., p. 95; véase además, Díez Pica- zo y Gullón, op. cit., p. 41.

intelecto. En consecuencia, no son tampoco solamente las cosas el objeto del contrato como lo entiende Hernández Gil (*supra* nota), aunque - en la mayoría de las veces el contrato surja o nazca en relación íntima con ellas (14). Así, entonces, a modo de conclusión, objeto del contrato con las obligaciones que del mismo se crean a cargo de las partes o de una sola de ellas, y las que pueden ser de conductas positivas o negativas, y, en relación con la prestación de dar, mediante la cual se - transmiten derechos, los bienes muebles e inmuebles (15).

De suma importancia es la patrimonialidad de la prestación (16) para la presente investigación y por ello la abordamos, ya que se pasa - por la misma del campo estrictamente jurídico al económico, sin que el mismo se halle exento de implicaciones legales, especialmente en cuanto atañe a la satisfacción del interés del acreedor, a la responsabili--dad del deudor y al cumplimiento de la obligación.

(14) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 268-269, que dicen: "cuando el deudor se obliga a transmitir un derecho real, personal o intelectual, la prestación consiste en la transmisión de un dercho al acreedor. En el lenguaje corriente, se dice entonces, que el objeto de la obligación es una cosa. La expresión es cómoda, pero inexacta: por una parte, los derechos personales o intelectuales no - recaen sobre cosas; por otro lado, si los derechos reales recaen sobre cosas, es el derecho, y no la cosa, lo transmitido por el contrato".

(15) Sobre el tema, Espín Cánovas, op. cit., p. 389, "Generalmente - se llama objeto del contrato a las prestaciones que han de efectuarse por consecuencia de las obligaciones nacidas del mismo"; véase además, la nota al pie de página que hace con el número 103.

(16) Para cualquier ampliación sobre este punto, preferentemente consúltese a Hernández Gil, Antonio, El problema de la patrimonialidad de la prestación, en Revista de Derecho Privado, 1. 960, pp. 273 y ss.

La patrimonialidad de la prestación encuentra su fundamento e importancia, sobre todo en caso de incumplimiento de la obligación más — que en el interés pecuniario del acreedor, en la posibilidad de sustituir la con otra entidad equivalente que provenga del patrimonio del deudor (17). Esta sustitución, al igual que la misma prestación, generalmente se traduce en la posibilidad de una valoración económica, aunque muchas veces el interés del acreedor se encauce hacia otros fines u objetivos no económicos (18), y no siempre presuponga que sea de carácter pecuniario, aunque no por ello, dentro de la objetividad de la obligación, la prestación incumplida y por qué aún no también la debida o — cumplida, deje de ser cuantitativamente medible mediante dinero (19).

La valoración de la prestación en dinero no deja de tener su importancia, especialmente en caso de incumplimiento y de ejecución forzo—

(17) Cfr. Miccio, Renato, Commentario del Codice civile (UTET, Torino 1966), Libro IV, tomo I, Delle obbligazioni in generale, p. 12 y ss.

(18) Hernández Gil, op. cit., p. 276, dice: "A nuestro juicio, una prestación no susceptible de valoración económica o patrimonial, puede integrar perfectamente el objeto de la obligación y producir consecuencias jurídicas"; Díez Picazo y Gullón, op. cit., pp. 92-93, manifiestan: "La obligación es, ante todo, un cauce de cooperación dentro de la vida económica, sin perjuicio de que puedan introducirse en ella fines, motivos o intereses distintos de los puramente — económicos".

(19) de Cupis, Adriano, Istituzioni di Diritto privato (Giuffrè editore, — Milano, 1975), II, p. 85. — Distinto es, a mi entender, el carácter pecuniario y la valoración económica de la prestación, aunque ambos conceptos aparezcan a primera vista como formando parte de — un todo. La distinción la encuentro en que el carácter pecuniario — siempre representa la transformación a una cantidad dineraria, — mientras que la valoración económica no necesariamente conlleva a una cantidad líquida y determinada, sino más bien a un equilibrio ó compensación del interés del acreedor con bienes distintos al dinero y que pertenecen al patrimonio del deudor, y mediante los cuales puede ser también satisfecho.

sa en el cumplimiento (20), aunque creemos que, una vez valorada en dinero, la misma puede cumplirse, voluntaria o coactivamente, con otros bienes pertenecientes al patrimonio del deudor y no necesariamente, como sucede en la mayoría de los casos de la vida real, mediante el correspondiente dinerario, pues si bien este es parte del patrimonio no lo es ni lo representa todo (21).

Sin embargo, no solamente debe verse la patrimonialidad de la prestación y su valoración económica en aquellos casos de incumplimiento, sino considerar que "la misma debe acompañar a la obligación en todo su desarrollo" (22), tanto como elemento objetivo como satisfacción, en la mayoría de las veces, del interés del acreedor. Existe una correlación entre la prestación y la patrimonialidad y la valoración económica susceptible de satisfacer su cumplimiento sin que éste sea ejecutorio, ya mediante la cosa material objeto de la obligación, ya a través de otra que la sustituya o bien a través de un servicio del deudor que representa, en cualquiera de estos tres modos, una merma o disminución de la totalidad de su patrimonio susceptible

(20) Sobre este punto de la valoración pecuniaria, Messineo, op. cit. p. 34 ha dicho: "La prestación debe ser valorable pecuniariamente en este sentido: que si el carácter del acreedor en cuanto a la prestación en sí debe ser susceptible de valoración económica; de lo contrario, faltaría la posibilidad de ejecución forzada sobre el patrimonio".

(21) Hernández Gil, op. cit., p. 278, refuerza mi argumento en los siguientes términos: "Pero dentro del concepto amplio de reparación es posible la función substitutiva de la indemnización, con lo que ya no se trata de brindar al acreedor el equivalente de la prestación no realizada, sino tan solo de colocar en lugar de aquella algo que la sustituya".

(22) Messineo, op. cit., p. 34.

de valoración económica. En consecuencia, es absurdo pensar que el contenido de la obligación no puede tener esta susceptibilidad, pues - al faltar el espaldarazo o refuerzo patrimonial, se abandona el campo de las obligaciones civiles y se entra en el de las otras que componen el Derecho privado, como las de familia, las morales o sociales y todas aquellas que no tengan el sentido técnico que la ley prescribe para su nacimiento (23).

Finalmente, el Código civil español no contiene ningún precepto - normativo, como si lo hace el Código civil italiano en el artículo 1.174, sobre la patrimonialidad de la prestación (24), y el interés económico del acreedor, que no siempre se traduce en este aspecto.

Por nuestra parte, creemos que si bien no lo dice expresamente, el problema lo soluciona en forma tácita o indirectamente el artículo 1.271, ya que a sensu contrario, las cosas que están fuera del comercio de los hombres, aunque puedan ser valoradas económicamente, no afectan la constitución de ningún patrimonio, excepto el del Estado, - ni mucho menos provocan alguna disminución en el del deudor obligado a cumplir la prestación. Por otro lado, el mismo precepto da a entender que el interés del acreedor debe versar sobre aquellas cosas

(23) Espín Cánovas, op. cit., p. 46: "Finalmente, el carácter patrimonial hay que ponerlo en relación con el propio concepto de obligación, ya que la patrimonialidad es una nota distintiva de esta especie de deberes jurídicos que los distingue de otros deberes jurídicos extrapatrimoniales y de los puros deberes morales o sociales".

(24) Hernández Gil, op. cit., p. 273, nos dice: "El silencio en artículos tan fundamentales como el 1088 y el 1255 es sumamente significativo. Ni al delimitar el objeto de la obligación ni la esfera de licitud de los pactos hace alusión a nada que concierna a lo patrimonial".

sometidas al tráfico jurídico, y éstas no son más que aquellas que en el comercio de los hombres tienen un valor económico medible en dinero, para así obtener protección o tutela al mismo. Si así no fuere, el interés desaparecería y no existiría ningún precepto jurídico que lo protegiera en el caso de incumplimiento ni aún cuando mediare sentencia judicial que imponga una determinada conducta al deudor. En consecuencia, el interés del acreedor siempre reviste en el fondo un interés patrimonial susceptible de valoración económica, cualquiera que sea la clase de prestación, pues en definitiva lo que es espera es ver inalterado y más bien aumentado el poderío económico de su propio patrimonio; es decir, la actualidad económica del mismo y las ventajas que el mismo le produce (25).

2. - Requisitos de la novación

La novación en el Derecho moderno (26), no tiene y conserva la

-
- (25) Cfr. Castán Tobeñas, José, Derecho civil español, común y foral (Ed. Reus, S. A., 10ª ed., Madrid, 1967), T. III, p. 31, citando a Ruggiero, transcribe: "... advierte que el patrimonio no es más que la garantía del acreedor, ya que sobre él se dirigirá la acción ejecutiva si el obligado no cumple voluntariamente, lo cual demuestra que en vía principal el vínculo no se dirige inmediatamente a los bienes".
- (26) Cfr. Buccisano, Orazio, La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi (Giuffrè editore, Milano, 1968), p. 70, que dice: "En realidad, sin embargo, la novación moderna es del todo desvinculada de esta exigencia de continuidad sustancial entre la obligación originaria y la obligación nueva. La definición ulpineana del instituto como "prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque - translatio" no tiene más que un valor descriptivo". Por su parte, Pérez González, Blas y Alguer, José, Trad. y Notas a Enneccerus, Kipp y Wolf, Tratado de Derecho Civil, (Bosch, casa editorial, 2ª ed. Barcelona, 1954) T. II, vol. I, Enneccerus-Lehmann Derecho de Obligaciones, p. 222, expresan: "La influencia del Derecho romano en este punto ha llegado hasta informar la apreciación de los comentaristas, algunos de los cuales se resisten a dar a la novación, en su acepción de modo de extinción de las obliga-

misma importancia que pudo haber tenido en Roma (27) y si bien puede actualmente subsistir, distintamente a aquellas razones técnicas que llevaron a los romanos a practicarla, lo será al resguardo del principio de la autonomía de la voluntad (28)

Advertimos previamente que en adelante nos referiremos al contrato de novación, para distinguirlo así del modificativo que posteriormente estudiaremos, y, aunque parezca puramente una cuestión técnica, el vocabulario que en las páginas subsiguientes se utilizará — tiene referencia exclusiva al primero.

Concebida, entonces, de diferente modo que en el pasado, distintas son las definiciones que de la novación se encuentran en la doctrina. Así, Azurza la define como "todo cambio o alteración, subjetiva y objetiva, que por voluntad de las partes se introduce en una obligación

(cont. pág. ant.)-ciones, el carácter eminentemente secundario que el progreso del derecho señala en concordancia con las necesidades del tráfico actual".

(27) Sobre la evolución histórica de la novación desde el Derecho romano hasta los estudios de los Glosadores, Comentaristas y Humanistas, preferentemente pueden verse: Arangio-Ruiz, Vincenzo, Istituzioni di Diritto romano (Jovene editore, 14^o ed., Napoli, 1977); Arias-Ramos, J., Derecho romano (Ed. Rev. Der. Priv., 9^o ed., Madrid, 1963); Bonfante, Pedro, Instituciones de Derecho romano (Reus, S. A., 3^o ed., trad. 8^o ed. ital. por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, 1965); Bonifacio, Franco, La novazione — nel diritto romano (Jovene editore, 2^o ed., Napoli, 1959); Giardina Camillo, Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto intermedio (Giuffrè editore, 3^o rist., Milano, 1952); Jörs-Kunkel, Derecho privado romano (Ed. Labor, S. A., trad. 2^o ed. al. por L. Prieto Castro, Barcelona, 1966).

(28) Cfr. Castán Cobeñas, op. cit., p. 33; Espín Cánovas, op. cit., pp. 148-149; Puig Brutau, José, Fundamentos de Derecho civil, (Bosch casa editorial, 2^a ed., Barcelona, 1976) T. I, vol. II, p. 391.

preexistente" (29); Buccisano, como "un contrato formado de un acuerdo de voluntad directo a la extinción de una obligación preexistente y a la constitución de una obligación nueva para la realización de un interés común de las partes" (30); García Goyena dice que es "una especie de contrato en virtud de la cual se modifica una obligación preexistente o se destruye sustituyéndola otra nueva (31); Clemente de Diego y Navarro de Palencia, por su parte, la definen así: "es la modificación de una obligación por otra que viene a sustituirla, exigiendo como algo esencial a su concepto que se extinga una obligación mediante otra nueva que se contrae y se le subordina" (32).

De estas definiciones, como bien puede observarse, solamente una de ellas entiende a la novación como un fenómeno extintivo antes de producir su efecto creativo. Sin entrar a otras consideraciones, las restantes, debido tal vez a esa llamada "crisis de la novación" (33), antes de pregonar la extinción de la precedente obligación, la entienden como un acto "modificativo", o como "cambio o alteración", sin percatarse, pues en el fondo lo hacen, de que están dejando a aquella obligación preexistente todavía "viva". Y, más claro no se puede interpretar, pues nunca la modificación acarrea, como efecto propio, la extinción; de la

(29) Azurza, P. J., Notas sobre novación, en Revista de Derecho Privado, 1950, p. 591.

(30) Buccisano, op. cit., p. 37.

(31) García Goyena, Florencio, Febrero reformado (Imprenta de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852), T. III, p. 182.

(32) Clemente de Diego, Felipe y Navarro de Palencia, J. M^a. , Efectos novatorios de un contrato, en Revista de Derecho Privado, 1914, p. 478.

(33) Véase, infra, 5, A.

simple literalidad de las palabras se deduce la idea de continuidad y - subsistencia.

Desconcertante es, sobre todo, aquella de los dosjuristas, en donde la maraña de conceptos no deja más que dudas y mucho menos - comprensión del instituto; confunden "modificación" con "sustitución" y, lo más grave, a nuestro modo de verlo, es que al efecto "extintivo" de la obligación precedente que ellos quieren darle, se crea una nueva que a su vez se subordina a aquella. En otras palabras, lo que dan a entender es que la prior obligatio no se extingue, se crea, además una obligación nueva por la simple "modificación" y ésta se somete a aquélla; subsisten, en consecuencia, en la novación dos obligaciones, creándose una sin que se produzca la extinción de la otra que ni siquiera es independiente, pues desde su nacimiento se encuentra atada a la que generó.

En realidad, la novación no es más que la extinción de una obligación y la creación de otra nueva que la sustituye (34).

Se discute actualmente por la doctrina, cuál es la naturaleza del acto de novación (35), y ésto es lo que ahora nos proponemos clarificar.

(34) Cfr. entre otros, especialmente, Albaladejo García, op. cit., p. 262; Hedemann, J.W., Tratado de Derecho civil, (Ed. Rev. Der. Priv., trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1958), vol. III, p. 201; Sancho Rebullida, Francisco de Asís, La novación de las obligaciones (Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1964, p. 327.

(35) Buccisano, op. cit., p. 82, dice "El acto de novación produce, - en realidad, dos efectos, uno extintivo y el otro constitutivo, que no se funden juntos, sino permanecen separados. Sin embargo, los dos efectos derivan de una única causa y común a las partes, que no coincide con el interés particular y unilateral del deudor a la extinción de la obligación preexistente o del acreedor a la constitución de una obligación nueva, sino resulta de su composición. Extinción y constitución, son, por consiguiente, vicisitudes equivalentes e interdependientes sobre el plano axiológico y sobre el plano jurídico".

Una corriente, representada por aquellos que consideran la novación como un efecto jurídico, regulado por el Derecho positivo, entre los que se encuentran en la doctrina española Sancho Rebullida (36) y Azurza (37), sostiene que no puede hablarse de contrato de novación, - porque "la novación sigue siendo un efecto jurídico, una institución de consecuencia" (38). Sin embargo, sostiene el primer autor que para el "vigente derecho civil español, este efecto - la novación - viene producido por cualquier convención idónea para extinguir la relación obligatoria, sustituyéndola por otra nueva, siempre que exista - expreso ó - tácito - *ánimus novandi* o que la ley lo establezca como efecto inevitable; sólo en este sentido se puede hablar de "contrato de novación"... " (39). Y agrega, "entiendo que no novación no es negocio jurídico en sí misma: es el efecto de un negocio jurídico, como lo es el nacimiento de la relación obligatoria, sólo que aquí, este nacimiento va inescindiblemente unido a la extinción de otra que, por tanto, es efecto también del mismo negocio" (40).

Por nuestra parte, creemos desechar esta construcción teórica y no podemos estar de acuerdo con ella por carecer totalmente de senti-

(36) Op. cit. p. 327 y ss.

(37) Op. cit., p. 603, quien añade: "La peculiaridad de la novación consiste en que al mismo tiempo produce otro efecto, único al primero de tal suerte que el uno se produce sólo cuando el otro se ha producido y como su consecuencia; no puede existir separación entre el efecto creador y el extintivo, ya que si se extingue una de las deudas, no es más que para reemplazarla por otra".

(38) Sancho Rebullida, op. cit., p. 329.

(39) Op. cit., p.p. 329-330.

(40) Op. cit., p. 330, nota 12.

do. Es imposible concebir un efecto aislado sin que el mismo no tenga su origen en un negocio jurídico o en un acto al que la ley no le atribuye una consecuencia, y mucho menos producir un resultado tan importante como la extinción-creación sin manifestación de voluntad formal alguna. Tampoco creemos, como lo afirma el autor citado preferentemente, que el efecto venga producido por la simple presencia de una convención cualquiera siempre que exista *ánimus novandi*, ya que si bien éste es el productor del efecto único, inescindible, la convención no puede ser de otra clase que de aquellas encaminadas a producirlo; es decir, debe ser sólomente un tipo de convención, en este caso el contrato novativo, que conlleva consigo el *ánimus novandi* capaz de producir, sólo él, el efecto. Afirmamos, en consecuencia, que la producción del efecto requiere un presupuesto contractual y que es imposible considerarlo aisladamente; desechamos así la doctrina tradicionalista (41).

La otra parte de la doctrina considera el acto novativo como un contrato, no estando toda ella todavía de acuerdo dentro de cual categoría ubicarlo. Pretendemos, por consiguiente, buscarle un sitio, no sin advertir previamente que lo analizaremos despojado de sus efectos o sea, el contrato novativo como tal, como productor por sí mismo del efecto extintivo-creativo, sin necesidad de considerar la obligación existente; nos interesa el contrato en su propia esencia.

La doctrina que afirma y sostiene que el acto novativo es un con-

(41) Cfr. Schlesinger, Piero, Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva, en Rivista di Diritto civile, I, 1958, p. 354, - que dice: "La doctrina predominante, siguiendo la tradición románica, prefiere caracterizar con la expresión "novación", un particular efecto y no un particular tipo de convenio".

trato es variada (42), como también son muy variadas las opiniones que se han dado hasta la fecha. Hay así quienes afirman, como Enneccerus Lehmann (43) que la novación es "un contrato real, es decir, un negocio que requiere no sólo la voluntad de las partes, sino, además, que se produzca un efecto jurídico". Esta teoría no la compartimos en absoluto, pues, por un lado, si se trata de encasillar el contrato dentro de los reales quoad constitutionem, nada hay en él que deba ser entregado como cosa -res-, a no ser que los autores, como sucede en la legislación alemana, entiendan y asimilen la novación a la dación en pago (44), y, si fuera dentro de los reales quoad affectum, tampoco el mismo es, -mucho menos, transmisivo de derechos reales. Ahora bien, y si lo fuera, por otro lado, en cuanto al efecto jurídico, el contrato en sí lo tiene en doble aspecto, aunque inseparable, y uno de éstos, concretamente el creativo, nunca es transmitente del derecho que hace, aunque sea operado en relación a un objeto material como ocurre en la novación objetiva de "dar". Otro autor, Buccisano (45), nos dice que es un contrato a título oneroso, con efectos correspondientes y con función compuesta, pero con estructura unitaria, partícipe de la categoría de los contratos -constitutivos y de los contratos dispositivos.

Creemos, y es en lo único que podemos estar de acuerdo, que efectivamente el contrato novativo es de la categoría de los onerosos, pero

(42) Cfr. Albaladejo García, op. cit. p. 264; Barassi Ludovico, Teoría generale delle obbligazioni (Giuffrè editore, 2ª ed., Milano 1948) I, p. 269; Torrente, Andres, Manuale di Diritto privato (Giuffrè editore, 9ª ed., Milano, 1975, p. 416)

(43) Enneccerus, Kipp, Wolf, Tratado de Derecho civil, Enneccerus-Lehmann, Derecho de obligaciones (Bosch, casa editorial, Trad. y notas de Pérez González y Alguer, 2ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1954), T. II, vol. I, p. 369.

(44) Véase, infra 5, A y Cap. II, parte. II.

(45) Op. cit., pp. 10 y 84.

no compartimos, en absoluto, que sea de función compuesta, en el sentido de que recoge parte de los constitutivos y parte de los dispositivos pues de ello lo que mira es al efecto creativo que produce, dejando sin considerar el extintivo; en realidad, si fuese de esta naturaleza compuesta, por el sólo hecho de tomar parte de los constitutivos hace suponer que olvida el efecto extintivo y comienza a crear obligaciones a partir de cierto momento, dejando, en consecuencia, intacta la obligación precedente que no viene a ser destruída siquiera por la que crea, es decir, por incompatibilidad; y, en cuanto al dispositivo menos encuentra su constitución a no ser en la dudosa existencia de la novación subjetiva por cambio de acreedor, hoy día superada por otras instituciones jurídicas que no producen la extinción del vínculo ni de la obligación - (46).

Sancho Rebullida, después de manifestar que "la declaración terminante" de que la prior obligatio queda extinguida por otra que la sustituya, sólo puede hacerse, por construcción en negocio jurídico", agre

(46) Cfr., entre otros, Albaladejo García, Instituciones de Derecho civil (Librería Bosch, 2ª ed., Barcelona, 1972), vol. I, p. 494, que dice: "Ni el cambio de acreedor ni el de deudor (como después veremos) implican extinción; pueden implicarla ciertas modificaciones - objetivas..."; Clemente de Diego, Felipe, Curso elemental de Derecho civil español, común y foral (Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1926) T. VI, parte general, pp. 331 y ss.; De Cervera, Alejo, En torno al futuro de la novación, en Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro (Ed. Tecnos, Madrid, 1976) I, p. 460; Espín Cánovas, Diego, Sobre el pago con subrogación, en Revista de Derecho Privado, 1942, p. 300 y ss.; Sancho Rebullida op. cit., p. 391 y ss. - Efectivamente, hoy día la novación por cambio de acreedor ha perdido toda su importancia al tomar vida jurídica actos como la cesión de créditos y la subrogación. Legislaciones como la de Costa Rica no la contemplan (art. 814) y da más bien regulación a la subrogación dentro de los modos de pago. En la española nada impide que la voluntad de las partes extinga la obligación - cuando hay cambio de acreedor.

ga que: "hoy que el intervencionismo estatal penetra con especial intensidad en algunos reductos del Derecho privado hasta dar lugar a la paradógica figura que la doctrina llama "contratos forzosos", la eficacia novatoria de alguna norma es a través de la configuración forzosa de una relación normalmente nacida de negocio jurídico contractual" (47), y machacando sobre lo mismo, añade: "Cuando la ley, directamente o a través de una declaración de voluntad (acto real semejante al negocio jurídico) "impone" un contrato y las obligaciones nacidas del mismo extinguen, por ser de todo punto incompatibles, otra u otras obligaciones preexistentes, el acto novativo sigue siendo el contrato, aunque en su forma paradógica de forzoso" (48). Tampoco compartimos en nada la tesis de este autor, por las siguientes razones: 1º) La prior obligatio no puede extinguirse nunca por una "declaración terminante" simple y llanamente, sino solamente a través de una voluntad extintiva de las partes, que es el animus novandi, exteriorizada mediante una declaración terminante que se materializa o concretiza en el contrato novatorio. La diferencia aunque es muy sutil, encuentra su límite en que la declaración terminante no es portadora por sí misma de la intención extintiva, sino que es el vehículo para aquél se manifieste. 2º) Si bien es cierto que el acto novativo se impone mediante un contrato, esa imposición no debe tomarse como algo forzoso, sino, todo lo contrario, como una necesidad, a fin de que el efecto querido se produzca; ésta es la que obliga a tenerlo, más bien, como "contrato de imposición necesaria", aunque el término no sea del todo feliz (49).

(47) Ob. cit., pág. 351 y ss.

(48) Ibid. pág. 353.

(49) Esta denominación por nosotros dada, no debe entenderse como que el contrato novativo pertenece a los que la doctrina llama "necesarios de hecho", y sobre los que explica, Albaladejo García, Op. cit. pp. 356-357.

Se cuestiona hoy día si el contrato novativo es causal o si es abstracto, como la vieja *Stipulatio romana* (50). Abstractos son aquellos contratos "que se celebren sin guardar relación alguna con un fundamento o causa jurídica determinada" (51) y, si bien podría pensarse que el contrato a primera vista carece de causa, puesto que su función extintiva es, a la vez, traslativa de la causa de la obligación preexistente a la obligación nueva que crea, ello no es así debido a que por sí mismo tiene un "fin inmediato y objetivo" (52), que aparece o surge en el momento extintivo. En otras palabras, el contrato novativo es causal, en el sentido de que encuentra su propia causa en la extinción de la prior obligatio y en el interés en la sustitución a una relación nueva de aquella preexistente (53)

Y, a modo de conclusión de este somero y superficial análisis, únicamente nos queda decir que el contrato novativo es, además, atí-

(50) Cfr. Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho civil (Ed. Reus S. A., trad. 4ª ed. ital. por Serrano Suñer y Santacruz Teijeiro Madrid, 1977) T. II, vol. I, p. 220, que dice "en el derecho romano clásico se producía la novación siempre que, concurriendo la voluntad precisa, un negocio formal absorbía el contenido de una obligación causal o de una obligación formal diversa de la anterior; el instrumento adecuado era la *Stipulatio*, que precisamente como obligación formal (desprovista de causa propia) era idónea (ella sola idónea, excepción hecha del contrato literal) para recibir como contenido propio el de cualquiera otra obligación causal preexistente".

(51) von Tuhr, A. Tratado de las Obligaciones (Ed. Reus, S. A., trad. por W. Roces, Madrid, 1934) T. I, p. 185.

(52) Albaladejo García, Derecho civil (Librería Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1977) T. I, vol. II, p. 264.

(53) Cfr., en igual sentido, Buccisano, op. cit. p. 143, quien sostiene que la causa "implica la individualidad del efecto extintivo y del efecto constitutivo".

pico (54), no pudiéndose en ningún momento adoptar la categoría contraria, puesto que el título "De la novación", del cual se origina y toma su existencia, se tiene en el Código Civil como medio de extinción de las obligaciones (cfr. art. 1.156), sin que ello sea obstáculo para que por medio de la voluntad de las partes (arts. 1.255) y el principio de la libre contratación (art. 1.278) llegue a surtir efectos jurídicos. Corolario forzoso es, en consecuencia, su clasificación, por su carácter, dentro de los contratos "extintivos", por cuanto principalmente su finalidad querida es ésta y no otra (55).

Visto este somero estudio introductivo, analizamos ahora los requisitos de la novación.

(54) Sobre la distinción entre contratos típicos y atípicos, preferentemente cfr. Albaladejo García, op. cit., II, I, pp. 337 y ss., quien a su vez manifiesta que dentro de los atípicos se distinguen dos categorías: "los propiamente atípicos, que son figuras cuya construcción ha sido por completo creación de las partes; y los mixtos, en los que éstas dan, ciertamente, a un contrato no regulado especialmente en la ley como figura autónoma, pero lo hacen combinando obligaciones y elementos tomados de distintos contratos típicos"; Espín Cánovas, Manuel cit., pp. 362 y ss., y la bibliografía que él mismo cita a nota 39; y, Sancho Rebullida, op. cit., p. 335, manifiesta: "De lo expuesto es corolario que el acto novativo no está en principio, sometido a normas especiales en cuanto a su forma; rigen los preceptos generales sobre la forma de los contratos: el principio de libertad contenido en el art. 1.278 y el especial juego los arts. 1.279 y 1.280."

(55) Rechazamos el argumento de Espín Cánovas, Sobre el pago cit. p. 308 quien dice: "hay que tener en cuenta que si la novación tiene efectos extintivos, su finalidad es, en cambio, traslativa, ya que precisamente como un medio de salvar el obstáculo que en el Derecho romano existía para la transmisión de las obligaciones, si bien fuera a costa de su propia existencia...", pues creemos que más bien ocurre todo lo contrario de lo que el ilustre autor dice; indudablemente, su finalidad es extintiva y su efecto es creativo y traslativo a la vez, sin que esta última cualidad pueda tener, por sí misma, efecto creador.

Actualmente los que señala la doctrina, son los mismos que existieron en el Derecho romano (56), que, por lo general, debido al estado actual de la institución, valen más que nada para la novación objetiva (57), aunque ello no impide que puedan aplicarse con especial referencia a la novación subjetiva. Sin embargo, es en aquélla clase de novación donde más se acentúa actualmente su importancia, resaltando — por encima de todos — la intención de novar y el elemento nuevo (58).

-
- (56) Cfr. en este sentido, Sancho Rebullida, op. cit., p. 333. Efectivamente, tres fueron los requisitos de la novación exigidos en todas las épocas: 1º. — Existencia de una obligación anterior. Puede ser de cualquier clase: meramente civil o pretoria; derivada de cualquier fuente, del contrato, del delito o ex variis figuris. Producida la novatio, dicha obligación desaparece con todos sus accesorios, prendas e hipotecas, etc. 2º. — Obligación nueva creada para sustituir a la precedente. En cuanto a su eficacia, puede así mismo estar provista de una actio o quedar reducida a la categoría de mera obligación natural..., pero, en cuanto a su origen, la nueva obligación tiene que nacer de una stipulatio... 3º. — Aliquid novum. Algo distinto que diferencia la nueva obligación de la anterior, bien porque varíe la persona del acreedor, o la del deudor, o la naturaleza de la obligación..., o alguna de sus modalidades, como el término, la condición, etc. Sin embargo, a estos tres requisitos, en el Derecho clásico se añadió el de la identidad de objeto, idem debitum, pero, posteriormente, debido al decaimiento del — formalismo, en el Derecho justiniano, se da paso al principio consensualista y desaparece, en consecuencia, la identidad del objeto como requisito, entrando así, en su sustitución, como nuevo el animus novandi; se hace efectiva la intención de novar, debiéndose declarar expresamente, pues de lo contrario surgía otra obligación paralela a la antigua, que no quedaba novada. Se elimina, entonces, el requisito objetivo por uno subjetivo. Pero, fué, precisamente con la Glosa y los comentadores donde — a nuestro entender — cobró vida nuevamente el aliquid novi, al enfrentarse — estos, esencialmente, con la novación tácita, no pudiéndose verificar la novación cuando el animus novandi no era expreso y si la nueva obligación era idéntica a la primera o el objeto de ella es — parte de aquél de la precedente. Este pensamiento evolucionado de la originaria novación romana, perdura en nuestros días. Consúltense sobre el origen: Arias Ramos, op. cit., p. 697 y ss. Bonfante, op. cit., p. 429 y ss.; Bonifacio, op. cit., p. 57 y ss; Giardina op. cit., p. 95 y ss.

Dichos requisitos y los problemas que pueden presentar cada uno de ellos con respecto a la novación, son: el *ánimus novandi*, existencia de una obligación precedente, válida, y su sustitución por otra y, el elemento nuevo o *aliquid novi*.

A. - Animus novandi

Fue precisamente con el Derecho justiniano (59) en que se rompió la teoría tradicional de la novación (60) y se dió entrada al *ánimus novandi* (61) con lo cual, se produce y permite, en consecuencia, la ruptura

-
- (57) Dice Espín Cánovas, Manud. cit., p. 155, así como Sancho Rebullida, op. cit., p. 377, respectivamente, que ella tiene lugar por cambio de objeto, de la causa y de las cláusulas principales de la obligación; ó cuando un acreedor y un deudor extinguen la obligación que les vinculaba, sustituyéndola por otra de contenido y eficacia distintos.
- (58) Messineo, op. cit., p. 401, afirma, "la novación objetiva es una relación que media entre los mismos sujetos de la originaria obligación; y tiende a sustituir otra obligación - con objeto o título diverso (*aliquid novi*) - a la precedente (de ordinario de contenido equivalente) de manera que el deudor está actualmente obligado a base de la nueva obligación".
- (59) Según las explicaciones de Bonifacio, op. cit., p. 175 y ss. antes de que el *ánimus novandi* fuese creación justiniana, ya en el Derecho - post-clásico, en que se produce la decadencia de las fórmulas, tiene relevancia la voluntad de las partes mediante controvertidas presunciones y éstas representan el gérmen de una nueva reglamentación y un punto de transición que encuentra su triunfo, en modo definitivo, en la preponderancia absoluta del *animus novandi* con el Derecho Justiniano.
- (60) Cfr., en este sentido, Buccisano, op. cit., pp. 19-20, que dice que - en el Derecho clásico la novación era válida si a la identidad objetiva se acompañaba un *aliquid novi* que extinguía la prior obligatio por incompatibilidad.
- (61) Dice Bonifacio, op. cit., pp. 182-183, que Justiniano con su reforma quiere establecer que: a) la novación no acontece por el solo hecho que venga expresa una voluntad contraria a ella; b) la novación acontece sólo si las partes han tenido la voluntad de producirla, porque es esta voluntad la que puede dar lugar a la extinción de la prior obligatio.

del principio del *idem debitum* y la posibilidad de novar la obligación por cambio de objeto. Pero, debido a los estudios de los Glosadores y comentaristas, el principio nuevamente sufre un retroceso y se echa a mano, especialmente cuando no constaba en forma expresa, a las presunciones, dando lugar así a la que hasta hoy se conoce como novación tácita (62).

Actualmente, según la doctrina, el *ánimus novandi* es requisito esencial para que el acto novativo produzca sus efectos. Así, Colin y Capitant dicen que hoy, "por el contrario, la novación es una pura cuestión de intención; sólo existe cuando las partes han querido que se realizase. El *ánimus novandi* es el elemento esencial, primordial de la operación" (63). Es, pues, necesario que el *ánimus* o la intención de reemplazar la obligación resulta claramente del acto (64), de donde se infiere que este elemento tiene un carácter eminentemente subjetivo (65).

(62) Expone Giardina, op. cit., p. 162 y ss. que la Glosa reconoció tres casos de *ánimus novandi* y uno de ellos, cuando era tácito, la novación era operada ope exceptionis, haciendo nueva aparición las presunciones, aunque trata de impedir los abusos, requiriendo que ellos tengan como fundamento pruebas tales de inducir en el ánimo del Juez la certeza de que la novación es querida. Con la doctrina de los Comentadores, el *ánimus*, y en particular la novación tácita, presenta dos teorías: una exige, interpretando rigurosamente la constitución de Justiniano, el *ánimus novandi* expreso y condena la novación tácita; la otra, siguiendo la dirección tolerante y práctica de la Glosa, reconoce junto a la novación expresa, también la novación tácita, con efecto *iso iure*, retornando así al régimen de la novación post-clásica romana. En consecuencia, Bartolo en Dig. Nov. 46. 5. 10, establece que el *ánimus novandi* puede presumirse: 1) cuando la segunda obligación contiene plus... de la precedente; 2) cuando la segunda obligación mute el tiempo asignado de la primera al cumplimiento de la obligación, también si el término nuevo es menor del procedente; 3) Cuando en la segunda obligación interviene una nueva persona.

(63) Colón, A. y Capitán, H., Curso elemental de Derecho civil (Reus S. A., trad. 2ª ed. francesa por Demófilo de Buen, 4ª ed. Madrid, 1960, T. III, p. 215.

Entendemos, por nuestra parte, que este carácter subjetivo no necesariamente debe relacionarse con la manifestación expresa, pues el mismo existe, aún en el mismo caso de que no conste directamente y se palpa mediante otros hechos que suceden entre los sujetos contratantes, — más no por los eminentemente objetivos como podrían ser el elemento — nuevo o aliquid novi ó la incompatibilidad de ambas obligaciones — la — precedente y la nueva —, por lo que habría que decir, entonces, que — siempre en los casos de manifiesta incompatibilidad ésta no debe entenderse como querer interno no manifestado expresamente, en el sentido de que las partes quieren someterse a una nueva relación con una nueva prestación, sino como una forma determinante de novación que no hace referencia a ningún carácter de voluntad. Por esto, pensamos que la — incompatibilidad, donde no hay *ánimus novandi*, debe mirarse en sentido objetivo siguiendo la teoría tradicional que deduce la novación del enfrentamiento y comparación de ambas obligaciones, dejando olvidada la esencialidad del aspecto subjetivo para otros casos de importancia y que se caracteriza a través de un particular contenido que el acuerdo debe asumir (66); en consecuencia, habrá de estarse siempre a la voluntad — de las partes y a los hechos entre ellas acaecidos para determinar el — llamado *ánimus novandi* tácito, y no a la incompatibilidad.

Difícil no resulta establecer del contrato la existencia del *ánimus novandi* (67) y, mucho menos, suponer las consecuencias que se produ-

(64) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, op. cit., II, III, pp. 456-457.

(65) En este sentido, cfr. Puig Peña, op. cit., p. 347.

(66) Cfr., en parecidas palabras, Schlesinger, Mancanza cit., nota 5 p. 355.

(67) Véase, Díaz Pairó, Antonio, Introducción al Derecho de obligaciones (Librería Temis, La Habana, 1943), vol. II, p. 112, quien dice que cuando no consta de modo claro y terminante la voluntad de novar, la novación debe excluirse al igual que la voluntad misma. Si el *ánimus novandi* (Gonzaga, N. Tolentino, Extinção das obrigações

cen en cuando se declare expresamente (68).

En principio se ha sostenido del todo que la novación es inexplicable sin recurrir al *ánimus novandi* (69), porque "expresa, en realidad, el intento práctico de las partes de sustituir a la obligación preexistente una obligación nueva fundada sobre un interés nuevo en sentido cualitativo o, cuando menos, en sentido histórico, sujeta en cada caso a un ordenamiento nuevo y autónomo" (70). Sin embargo, existe un límite a la autonomía de la voluntad, impuesto por la ley y predeterminado por ésta, que es el *aliquid novi* (71), que "resulta de un comportamiento concluyente de los sujetos de la obligación originaria que se refleja sobre la estructura objetiva o sobre el régimen normativo de la obligación nueva" (72), pero que siempre proviene de una forma de manifestación de -

(cont. pág. ant.) ... Livraria Francisco Alvares, Río de Janeiro, - 1925), p. 131), no fuese expreso, debe resultar de los términos del acto o contrato de los cuales se pueda inferir la intención inequívoca de sustituir una obligación anterior por la posterior.

(68) Albaladejo García, op. cit., II, I, p. 265, dice: "cuando el *ánimus novandi* no consta - entendemos ni expreso ni tácito-, nace la segunda obligación junto a la primera (que subsiste). Si quedando patente el ánimo de cambio-distinto, decimos, al que aquí vemos-, lo que no consta es la voluntad de que una extinga y otra nazca se entiende que subsiste la misma obligación, pero modificándose... , salvo que, por ser incompatibles la obligación antigua y la nueva, sea necesario admitir que hay una que se extingue y otra que nace". Véase como para determinar la incompatibilidad se efectúa una comparación entre ambas obligaciones; así, Barassi, Op. cit., p. 273, que expresa que cuando la intención falta la vieja obligación subsiste.

(69) Cfr. Rescigno, Pietro, op. cit., p. 589, Novazione (Diritto civile) in Novissimo Digesto italiano, XI, Torino, 1965, p. 435.

(70) Buccisano, op. cit., p. 31.

(71) Vid., infra, 2, C. pp. Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 346 que dice que: "la eficacia del *ánimus novandi*, encuentra su límite objetivo en la naturaleza misma de las cosas; en la entidad del *aliquid novi*".

(72) Buccisano, op. cit., p. 110.

voluntad que es innegable, sin poderse prescindir enteramente de ésta. Entonces, en general, esta manifestación tácita de voluntad, que se exterioriza a través del elemento nuevo, según la doctrina a efecto de producir la novación, se refleja y encuentra su existencia por la ley en la presencia de una incompatibilidad que es objetiva, y que, en la mayoría de los casos, se observa de la simple comparación de ambas obligaciones, dando lugar así a la que se ha llamado Novación tácita.

La aplicación de la novación tácita en casos hipotéticos se centraliza únicamente en los casos de incompatibilidad por razón del objeto ó del cambio de causa, dando por supuesto que no existe voluntad declarada y expresa de novar.

Según una parte de la doctrina (73), la incompatibilidad de las dos obligaciones se encuentra en "un hecho material concluyente que no puede tener otro significado" (74); es decir, la novación tácita se deduce -

(73) Véanse, en cuanto a ésta parte de la doctrina, Díez Picazo y Guillón, op. cit., p. 195, quienes afirman que existe "cuando la obligación anterior y la posterior al acto novativo pertenecen a tipos distintos y se han transformado de naturaleza"; Hernández Gil, Antonio, El ámbito de la novación modificativa, en Revista de Derecho Privado, 1961, pp. 799 y 780, dice: "Una incompatibilidad de tal clase significa que las dos obligaciones se encuentran en situación de pugna y antítesis; que no sea posible la coexistencia"; Manresa y Navarro, José María, Comentarios al Código civil español (Imprenta de la Revista de Legislación, 2ª ed. Madrid, 1907) T.VIII p. 421, dice: "... exigirá por regla general, que se refieran ambas obligaciones al mismo objeto, cambiándolo la segunda, comprendiéndolo de modo distinto..." y, finalmente, Moreno Mocholí, Miguel, Comentarios al Código Civil español por Manresa y Navarro (Inst. Ed. Reus, S.A. 6ª ed., Madrid, 1967), T.VIII, vol. I, p. 883, expresa: "... no es precisa la expresión terminante cuando la nueva obligación presenta notoria y absoluta incompatibilidad por razón de la naturaleza, irreductibilidad o imposibilidad..."

(74) Cfr., en similares palabras, Hernández Gil, Ibid. p. 799.

de la incompatibilidad, resultante de ambas obligaciones, al introducirse en la nueva un elemento diferente que no existía en la anterior. Ahora, este elemento puede ser de cualquier naturaleza y con él, de acuerdo al pensamiento de esta corriente doctrinal, se excluye toda referencia a la voluntad de las partes, debiéndose producir, entonces, un análisis frío y objetivo de las obligaciones en base a las mutaciones introducidas.

Nosotros creemos no compartir esta teoría, pues, aunque hipotéticos sus fundamentos, la incompatibilidad no conlleva en sí y por sí la existencia del *ánimus novandi* ni tampoco, en su real acepción, el efecto extintivo de la novación. Afirmamos, en cambio, que la incompatibilidad permite, por un lado, la presunción de existencia de la novación tácita, siempre que el acto y las conductas posteriores, revelen una intención de querer someter la relación a una ordenación jurídica nueva y que la modificación introducida responda a un sentir subjetivo, y por otro lado, la existencia, junto a la precedente, de una nueva obligación en forma independiente, subsidiaria o por acumulación, quedando, entonces, el deudor frente a dos prestaciones que refuerzan un sólo crédito. Finalmente agregamos que "la incompatibilidad objetiva entre dos obligaciones sucesivas no determina por sí misma la extinción automática de la una o de la otra obligación" (75), y no hace presumir, tampoco, la voluntad o intención novativa.

Otra parte de la doctrina (76), considera en la incompatibilidad --

(75) Buccisano, op. cit., p. 107.

(76) Cfr., en apoyo a esta corriente doctrinal, Albaladejo García, op. cit. p. 278, quien hablando de la diferencia entre novación extintiva y modificativa, afirma: "...o la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles: lo que, por otro lado, muestra voluntad tácita de extinción..."; Espín Cánovas, Manual cit., p. 153; Sancho Rebullida, op. cit., pp. 347-348, dice: "No cabe, a mi juicio, decir también aquí que el *ánimus* está limitado por la segunda regla del art. -

una especie de voluntad tácita con *ánimus novandi* implícito. Los seguidores de esta teoría sostienen, a grandes rasgos, que la incompatibilidad tiene consigo una voluntad tácita, en donde se presume el *ánimus novandi* (77) y de la cual se deduce la existencia de la novación; no consideran que ésta se produce debido al carácter de principalidad de los elementos de la obligación, sino en ser portadora de una intención extintiva. Sin embargo, Albaladejo (78), que en un principio se inclina — más por el carácter voluntario que por el de la presunción, al afirmar que existe una voluntad tácita de extinción, luego, a renglón seguido,— manifiesta que no se puede "entrar en averiguaciones de voluntad", para concluir, finalmente, con fundamento en el artículo 1.204 del Código civil, que el mismo la "decreta sin más", es decir, "atendiendo simplemente a esa incompatibilidad". Entendemos, por consiguiente, que después de afirmar el carácter de la voluntad tácita en la incompatibilidad acoge la tesis de la otra parte de la doctrina y entiende que la novación se produce por la simple incompatibilidad tal y como la expresa la norma legal en la que se basa.

Por nuestra parte, analizando esta corriente doctrinal, encontramos objeciones a la misma, aunque no por ellas debemos concluir por — su eliminación, especialmente en cuanto a la presunción de la voluntad en la incompatibilidad, que entendemos es diferente a que de la misma — pueda presumirse la novación. Y, efectivamente, de la misma incompatibilidad no puede presumirse, como constantemente lo afirma la doctrina y la jurisprudencia, el *ánimus novandi*, sino que la voluntad extintiva —

(cont. pág. ant.). . . 1.204, la incompatibilidad de las dos obligaciones, porque esta regla se refiere al *ánimus implícito*; con el sentido e interpretación que he dado a la incompatibilidad se comprende que ésta depende de la voluntad de las partes".

(77) Sancho Rebullida, op. cit., p. 350.

(78) Cfr. op. cit., II, I, nota, 6. p. 265.

debe averiguarse de la intención interna que revelan los actos externos cuando éstos lo hagan en forma clara y sin ningún tipo de ambigüedad y de los mismos concluir, después de un examen ponderado, por la existencia o inexistencia de la novación; y, es que encontramos totalmente diferente la distinción entre voluntad declarada tácitamente y voluntad presunta (79), pues, al declararse, como lo hace Sancho Rebullida, que la única presunción admisible es la de la incompatibilidad, forzosa y presuntamente a la vez, se está obligando al acreedor a renunciar a su derecho cuando tal vez su intención o su interés era el de reforzar la obligación o el de facilitar el cumplimiento de la misma al deudor. Es, entonces, al Juez a quien corresponde establecer de estos actos externos, cuando no haya declaración expresa, la voluntad extintiva que en los mismos va inmersa, pero no, de buenas a primeras, decir que por la simple incompatibilidad esta presume esa intención o voluntad extintiva y consecuentemente debe haber novación; mucho menos puede establecerla en base al carácter de principalidad de los elementos constitutivos y desecharla, por otro lado, en lo que se refiere a los de carácter secundario. En consecuencia, por la incompatibilidad puede deducirse la novación, pero no se puede en ella presumir la voluntad tácita o el *ánimus novandi*, cuando el elemento cambiado ni los actos que lo motivaron no contengan implícitamente un querer novativo; hay que estarse siempre, entonces, al análisis de los actos en cada caso concreto.

Y, finalmente, otros desechando los elementos objetivos y subjetivos, establecen la incompatibilidad entre ambas obligaciones exclusivamente en la causa (80). A primera vista pareciera que esta teoría no re-

(79) Sobre este tipo de voluntad y la distinción de la declaración tácita. Cfr. entre otros, Albaladejo García, op. cit., I, II, pp. 172 y ss.; Trabucchi, Alberto, Istituzioni di Diritto civile, (CEDAM, 22ª ed., Padova, 1977, p. 229).

(80) Reyes Monterreal, José m^a. Esencia de la Novación, en Revista Jurídica de Cataluña, 1960, p. 609, entiende que: "La incompatibilidad de una y otra obligación, entonces, habrá de buscarla ponderando -

presenta mayor problema dado que, si por ejemplo, una obligación por venta se transforma en una obligación de mútuo o depósito, la novación se produce en forma tácita por cuanto existe una causa novandi que -- "representa un interés objetivo, socialmente y económicamente apreciable, que el ordenamiento reconoce merecedor de tutela en cuanto tal" (81), pero hasta qué punto puede afirmarse que la causa se identifica con el acto novativo y que aquélla por sí misma, al producirse el cambio, opera necesariamente la novación? Las respuestas sobre el tema han sido varias (82), y además de polémicas, hasta incluso llegarse a afirmar por algunos autores que no se trata de una novación típica y en sentido técnico (83). Por nuestra parte creemos, aunque luego volveremos a tratar el tema con mayor cuidado, dando respuesta a la interrogante, que el cambio de causa puede ser una consecuencia natural y constante del acto novativo que necesariamente se concretiza en el momento constitutivo de la nueva obligación; que como tal es productor de la novación por cuanto ésta al dar nacimiento a la nueva relación, necesariamente la tendrá que dotar de una causa, que es desde luego sólo la eficiente y sin la cual la obligación sería inexistente y que aquella --

(cont. pág. ant.)...exclusivamente la causa y no otros elementos objetivos o personales del convenio"; en igual sentido, Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 456-457.

(81) Buccisano, op. cit. p. 131.

(82) Cfr. Azurza, op. cit., p. 606, quien sostiene que ella incide tanto en la esencia de la obligación primitiva que, aunque todo lo demás permanezca inalterado, revela aún en el silencio de las partes, la intención de novar, de sustituir en todos los efectos la primera obligación por la segunda; Colín y Capitant, op. cit., p. 215, afirman que las únicas aplicaciones de novación que se encuentran más frecuentemente son casos de novación por cambio de causa; y, Reyes Monterreal, op. cit., p. 608, encuentra en el cambio de causa una incompatibilidad entre la nueva y la anterior en razón de ella misma.

(83) Cfr. Albaladejo García, op. cit., II, II, p. 269; Buccisano, op. cit., pp. 109-110 y Sancho Rebullida, op. cit., pp. 385-386.

- la novación -, se produce, entonces más que por el cambio, por el tipo de disciplina que regulará el nuevo tipo de negocio; es decir, en el ejemplo, en vez de por las normas de la venta, con el cambio, ahora lo será por las normas del mútuo o del depósito.

En resumen, baste reafirmar que el *ánimus novandi* es elemento esencial del contrato novativo; que cuando se declara expresamente, el elemento nuevo no reviste mayor importancia de como si la tiene cuando la voluntad extintiva se manifiesta en forma tácita, aunque su principalidad para producir la novación viene absorbida exclusivamente por la incompatibilidad, de la cual no puede presumirse esa voluntad extintiva, sino solamente la novación como tal. La voluntad extintiva en la incompatibilidad habrá de buscarse en los actos externos portadores de la misma y de ellos deducir si existe o no novación, más nunca declarar que cada vez que haya incompatibilidad hay novación, porque por sí misma no implica *ánimus novandi*.

La prueba del *ánimus novandi*, como claramente lo afirma Mazeaud y Mazeaud, "no es la prueba de la novación en sí misma" (84), ni tampoco por "la presencia de elementos objetivos predeterminados por la ley se autoriza, necesariamente, la presunción (absoluta o relativa) del *ánimus novandi*" (85). Efectivamente, la prueba del *ánimus* no debe tener limitaciones, sino que deberá efectuarse por todos los medios de prueba admitidos por la ley (Cfr. art. 1.215 del C. c., en relación con el 578 - de la Ley de Enjuiciamiento civil), exceptuándose por presunciones (art. 1.249 y ss. C. c.) nada más, puesto que es la existencia de voluntad extintiva la que deberá determinarse a fin de establecer si hay o no novación. (86). Si, entendemos, debe haber limitación en cuanto a la prueba de no-

(84) Op. cit., p. 462.

(85) Buccisano, op. cit., p. 29.

(86) Cfr. en sentido contrario, Cólín y Capitant, op. cit., pp. 216-217, - quienes afirman que "el *ánimus novandi* debe probarse por medio de

vacación, cuando el contrato que la provoca sea superior a cierta cuantía (cfr. arts. 1244, en relación con el 1.280 p. ult.).

B. - Sustitución de una obligación por otra

Atendiendo, como antes se hizo, al concepto de novación, vemos que un elemento al que la doctrina le atribuye valor, si no fundamental, es a la sustitución, mediante la cual la nueva relación obligatoria reemplaza parte de la antigua que ha sido extinguida. Y, esto es así, ya que la palabra "sustitución", como efecto y acción de "sustituir", se da a entender mediante esta última así: "Poner a una persona o cosa en lugar de otra" (87). Y decimos, "parte de la antigua", pues, en el caso de la novación, algunos de los principales elementos de la antigua obligación subsisten en la nueva que se origina, ya sea alguno de los sujetos, o bien el objeto, o las condiciones principales de la obligación, y es por ello, por encontrarse íntimamente ligada al concepto de novación (88), que pensamos que su importancia no es tan relativa o de segundo orden como se la ha querido considerar, especialmente por las consecuencias que de ella pueden derivarse.

La sustitución, como elemento novativo, tuvo su origen en el Derecho romano (89), y actualmente se la entiende en el mismo sentido

(cont. pág. ant.) ...escrito, o, por lo menos, la prueba de testigos y la prueba de presunciones simples, sólo serán admitidas si se apoyan en un principio de prueba por escrito.

(87) Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, (Ed. Espasa Calpe, S. A. 19ª ed. Madrid, 1970), p. 1224.

(88) Véase, supra, nº 2, pp. 11 y ss.; Cfr. además, Barassi, op. cit., p. 269; Clemente de Diego, op. cit., p. 424 y de Ruggiero, op. cit., p. 219.

(89) En cuanto a la evolución del elemento de la novación, consúltese, preferentemente: Bonfante, op. cit., pp. 428 y ss.; Bonifacio, op. cit., pp. 22 y ss. y Semper, Francisco: Derecho romano Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1975), p. 318. - Inicialmente, lo que ocurría, en la época de la República, era so-

en que quedó establecida en el Derecho justiniano, es decir, como sustitución de la obligación precedente por la obligación nueva, pero dependiendo preferentemente del *ánimus novandi*, sin el cual, o sea en forma independiente, no es suficiente por sí misma para conseguir el efecto *extintivo*, ni mucho menos para determinar la presencia de la novación.

En los ordenamientos jurídicos vigentes y de raíz *románica*, la importancia que se le atribuye a la sustitución se encuentra principalmente en los efectos que ha de producir la obligación nueva cuando la obligación precedente sea inexistente; en otras palabras, para que verdaderamente exista sustitución, la obligación antigua debe ser válida (90), no tener vicios de nulidad absoluta a fin de que la obligación nueva sea igualmente válida y pueda ser exigible. Los vicios que pueda tener la obligación anterior darían lugar a la inexistencia de la novación por nulidad absoluta (91); aunque la sustitución de una obligación por otra, no obstaculiza para nada que por la novación se pueda suprimir o imponer una condición, como más adelante los veremos. Por el momento, antes de —

(cont. pág. ant.). . . lamente una sustitución de un tercero en la persona del deudor, o, también, una autosustitución mediante las cuales se producía la novación, verificándose incluso sin que viniese a haber una nueva obligación. Posteriormente, en el Derecho clásico, la novación va a ser construida como sustitución de una nueva obligación a aquella que se extingue, y que se actúa a merced de la traslación de la deuda precedente en la posterior estipulación y la culminación del proceso evolutivo se logra en el Derecho justiniano con el surgimiento del *ánimus novandi* por el que pasa a ocupar un lugar secundario, al dársele un carácter de principalidad ineludible a la voluntad de las partes.

(90) Cfr. Espín Cánovas, Manual cit., p. 152, Sancho Rebullida, op. cit., p. 334.

(91) Véase infra, cap. III, parte II, pp.

formularnos posibles suposiciones, nos interesa analizar el mecanismo de la sustitución pura y simplemente.

Utilizando palabras de Carbonnier (92), el fenómeno de la sustitución nos presenta una idea de "discontinuidad" entre ambas obligaciones, puesto que como efectivamente lo dice este autor, en el crédito nuevo no subsisten las garantías accesorias que reforzaban el anterior que se extinguió (cfr. art. 1.207, parte segunda a sensu contrario), ni las excepciones que acompañaban al mismo. Es inadmisibles, por otro lado, sostener la tesis de los que ven en esta sustitución una especie de "renovación" (93), pues esta nos presenta una idea de "reproducción" (94), mientras que, si atendemos únicamente a la etimología del término, necesariamente deberá haber una obligación nueva que suplante a la precedente. En cuanto a la discontinuidad, si bien el acto novativo no impide la división del efecto unitario en dos etapas distintas, ésta debe entenderse únicamente en cuanto a los elementos objetivos de la obligación, es decir, cuando hay variación del objeto o cuan

(92) Carbonnier, Jean, Derecho civil (Bosch, casa editorial), trad. por Manuel Zorrilla Ruíz, Barcelona, 1971) T. II, vol. III, p. 221, sostiene que "la obligación nueva no es, por lo tanto, la antigua obligación - que revive bajo forma distinta; existe discontinuidad entre ambas; si la primera obligación queda extinguida, nada de ella puede sobrevivir en la segunda. Esta discontinuidad presenta dos aspectos: la intransmisibilidad de las garantías y la inoponibilidad de las excepciones (es, a la vez, una ventaja y un inconveniente para el acreedor).

(93) Cfr. en este sentido, Hedemann, op. cit., p. 201, quien, cuando explica la novación, afirma que "su nota principal consiste, sin embargo, en una "renovación" producida por medio de otra relación obligatoria precisamente creada al mismo tiempo".

(94) Sancho Rebullida, op. cit. p. 332, juzga diferentemente la figura de la novación de la "renovación" y "que consiste en la reproducción del negocio mediante una nueva declaración negocial de voluntad - de las partes, ratificando la anterior, aclarándola o modificándola".

do, por efecto de la novación, no subsisten en la nueva obligación ni las garantías accesorias ni las excepciones; y, en lo que se refiere al crédito o deuda, entendemos que el concepto no puede operar ni encontrar su campo de aplicación debido a una cierta espiritualización, que así preferimos llamar, de la obligación que existe patente en la relación obligatoria precedente y que se traslada, para continuar existiendo en la obligación nueva, con garantías accesorias y, en muchos casos, con objetos distintos, pero que, en el fondo se encausan a garantizar y facilitar el cumplimiento de una deuda que existe en ánimo de las partes; aclarando, entonces, esta espiritualización en el fondo responde a un sentir subjetivo de las partes de continuar obligados en una nueva relación cuya existencia responde únicamente y exclusivamente a un interés económico que ya existía desde el nacimiento de la relación obligatoria extinguida. Esta conclusión, nos lleva a considerar, únicamente este sentido, a la sustitución como una reproducción o renovación de ese interés económico y su subsistencia.

Entendemos, ante todo, que si consideramos la sustitución como renovación o reproducción, no es en sentido traslativo de elementos de la obligación, sino como solución de continuidad (95) entre dos intereses económicos, el del acreedor y deudor, igualmente consecutivos.

La continuidad que se observa en la obligación nueva del interés económico que existía en la antigua, no debe relacionarse con la alteración causal de un tipo contractual (96), que establece

(95) Buccisano, op. cit., p. 65.

(96) Cfr. Velasco-Alonso, A. La teoría sobre novación de valores mobiliarios, en Revista de Derecho Mercantil, 1952, p. 24, "la alteración de la causa debe juzgarse como la sustitución de un tipo contractual por otro diferente; como un cambio de tipo jurídico del negocio básico causal".

una discontinuidad en las normas jurídicas aplicables a cada tipo de negocio y que varía la normativa reguladora, sino que da lugar a — que se permita una traslación económica que se sustenta en la nueva obligación, pues si así no fuere, el contrato novativo no tendría ninguna razón de ser, puesto que no hay ningún tipo de interés, fuera del patrimonial, que justifique por sí la tutela jurídica de que es merecedor. La sustitución, entonces, no puede verse en este supuesto en sentido funcional, como ocurre en el concepto de novación y si es que gráficamente puede verse como quitar y poner algo, sino como, dijimos, solución de continuidad sustancial para que la nueva obligación asuma, igual que la precedente, tutela jurídica y, entonces, así entendida, sí podría hablarse, a nuestro juicio, de una renovación o reproducción del interés patrimonial, como bien lo da a interpretar, aunque sea para la figura de la cesión de contrato, Núñez Lagos (97), en la nueva obligación. Claro está que esta nuestra deducción no trata de desvalorizar o minorizar la importancia del acto novativo, pues aún seguimos creyendo que la sustitución, en su sentido funcional y conceptual, es de gran importancia para que dicho acto surta sus efectos.

De importancia amplia en el elemento sustitutivo es la extinción o creación de condiciones (98), ya sea porque la precedente

(97) Núñez Lagos, Rafael, Cesión de contrato, en Revista de Derecho Notarial, 1956, p. 13, dice: "La sustitución económica es — un substratum que mira al futuro y en vez de sucesión jurídica pretende frente al cedido, la reproducción o renovación del contrato base, extinguiendo la situación jurídica preexistente y — creando una nueva... la sustitución económica ha dado lugar a — la sustitución jurídica de un nuevo contrato (rinnovazio o riproduzio) con igual contenido que el anterior".

(98) Consúltase Albaladejo García, op. cit., 90-91, que entre otras cosas dice: "... en el caso de negocio puro celebrado sin condición y sin término — se producen normalmente los efectos que — correspondan; y en el negocio condicional, la producción o cesación de tales efectos dependen de la condición (según sea sus

esté sujeta a condición como que a la nueva se le imponga alguna ó que por la misma voluntad de las partes se suprima en la nueva la que afectaba a la anterior.

En general, en el Derecho romano y en el Derecho medieval, la novación de una obligación condicional no se habría verificado hasta que la condición no se cumpliera y mientras estuviera pendiente la obligación precedente quedaba con vida (99).

Actualmente, en el Derecho moderno, las obligaciones - condicionales o a término son susceptibles de novación (100). De Buen afirma que "si la obligación primitiva está sujeta a condición la novación deberá reputarse también condicional; su eficacia dependerá de que se cumpla o no la condición que afecta a la obligación primitiva. Sin embargo, cabe que la voluntad de las partes - sea sustituir una obligación condicional por una obligación pura. . ." (101). Y así por el estilo, es la opinión de Castán (102), Díaz Pai

(cont. pág. ant.) ... pensiva o resolutoria); y en el negocio a término dicha producción o cesación dependen de la llegada del término (según sea inicial o final). Ahora bien, como quiera que las obligaciones son efecto del negocio, son ellas las que dependen de la condición o del término puesto a éste. De tal forma que, aunque por brevedad se hable de obligaciones puras, condicionales o a término, lo exacto sería hablar de obligaciones procedentes de negocios puros, condicionales ó a término".

(99) Cfr. Bonifacio, op. cit., pp. 90 y ss. Giardina, op. cit., pp. 114 y ss.

(100) Sancho Rebullida, op. cit., p. 336.

(101) De Buen, notas a Colín y Capitant, Curso elemental cit. — (Inst. Ed. Reus, S. A., 4ª ed., Madrid, 1960, T. III, p. 302. -

(102) Op. cit., pp. 351-552.

ró (103), Azurza (104) y Sancho Rebullida (105).

A pesar de que, en los casos de novación de una obligación condicional, el acto novativo es independiente de la condición que afecta a la obligación, el mismo no tiene por que considerarse afectado por la misma en ningún momento ni tampoco verse no realizado hasta que la condición se cumpla, es decir, que el acto novativo no es condición obligacional en el entendido que ha de considerarse supeditado a la misma, puesto que autónoma y separadamente de la obligación que crea, ésta bien puede ser también condicional o pura, "prueba de ello es que la prior obligatio condicional sigue siendo causa de la segunda..." (106).

Ahora, si bien es cierto que la obligación condicional no impide que la novación pueda efectuarse, ya bien sea dando nacimiento a una nueva obligación condicional o a una pura, puede ser que en un momento posterior en que la condición se incumpla, la novación no tenga ya su razón de ser por falta de una obligación precedente, pero, distinto es, como dice Albaladejo (107), si eventualmente se persigue el nacimiento de una nueva obligación sin la extinción de la

(103) Op. cit., p. 111.

(104) Op. cit., p. 601.

(105) Op. cit., p. 337, que afirma: "En la duda debe presumirse, dada la causalidad que opera y supone la primera obligación sobre la segunda, que se mantiene la condición... Pero cuando la voluntad de las partes sea manifiesta en el sentido de que la nueva obligación sea pura, no encuentro obstáculo dogmático alguno en reconocer que también aquí existe novación".

(106) Sancho Rebullida, op. cit., p. 338.

(107) Op. cit. p. 264.

otra, pues entonces parece se sale del campo de la novación ya que no se quiere novandi causa la extinción de la obligación primera o el nacimiento de la segunda. Aquí, creemos, efectivamente ni siquiera se entra al campo de la novación, ya que nada impide que las partes quieran, sin ninguna referencia al *ánimus novandi*, dar nacimiento a una nueva obligación sin la extinción de la condicional, con el fin de asegurar algo incierto; y, no es que con ello tratemos de desvalorizar las razones que da Sancho Rebullida (108), en su crítica al comentario de Albaladejo, sino que, simplemente, vemos que se trata de dos situaciones diferentes y opuestas, donde se acepta en una la novación de la obligación condicional y se produce el efecto normal, y en la otra, donde sin entrar al campo de la novación, se añade a la obligación condicional existente una nueva que no es substitutiva de aquella.

Habíamos ya manifestado que la eficacia de la novación, a nuestro entender, no depende del cumplimiento de la condición que afecta a la obligación primitiva, puesto que factiblemente puede generar una nueva obligación condicional o una pura. Ahora agregamos, para el supuesto caso de las obligaciones sujetas a condición suspensiva (109), que mientras la condición en un lapsus de tiempo no -

(108) Op. cit., p. 338, sostiene: "Creo, no obstante, que ello es minorizar la existencia jurídica de una obligación condicional pendiente conditione y su influencia causal sobre la segunda".

(109) Albaladejo García, op. cit., p. 264, expresa: "incumplida la condición suspensiva atinente a la obligación antigua, falta ésta, es decir, falta una obligación que se extinga, porque tal obligación no llegó a nacer, al no cumplirse la condición; por lo que no tiene razón de ser la novación, ya que el nacimiento de la segunda obligación iba encaminado a un fin - la extinción de la primera - innecesario".

se incumpla, la novación efectuada llega a ser eficaz en su efecto - extintivo-creativo, pues durante ese tiempo, que puede ser de una existencia más o menos relativa, la prior obligatio condicional es - a la vez causa novandi de la segunda, que a su vez puede ser también condicional suspensiva o pura (110). Entendida, en consecuencia, de esta manera la problemática de la obligación originaria condicional, no compartimos en absoluto el pensamiento de esa "communis opinio" (111), como la llama Sancho Rebullida en su obra, y de la cual también se aparta, por parecernos poco convincente a estas alturas del desarrollo científico de la ciencia jurídica que la eficacia de la novación se supedita al cumplimiento o incumplimiento de una condición (112).

Al mismo nivel, de importancia que se le asigna a la prior obligatio condicional, se encuentra la nueva obligación cuando también es condicional, especialmente por los problemas que pueda presentar, los cuales, puesto que ya ha operado la novación y cumpli-

(110) Sancho Rebullida, op. cit., p. 337, sostiene: "No tiene vigencia, a lo que entiendo, la objeción histórica (supra, núm. 30) de que faltaría, si no se cumplía la condición (suspensiva) el requisito de la prior obligatio. Ya es extraño admitir que, - concluido el acto novativo, no se sepa si es simple fuente de obligación o verdadera novación hasta que, después, se cumpla o no la condición. Pero es que, además, en el momento de concluirse el acto, la obligación, como vínculo, existe aunque supeditada su eficacia y exigibilidad al suceso futuro e incierto".

(111) Cfr. entre otros, Manresa y Navarro, op. cit., p. 429, citado también por Sancho Rebullida, op. cit., p. 343.

(112) Azurza, op. cit., p. 601, sostiene, aunque no es cierto como - ya se ha visto, que si la prior obligatio "fuese condicional, también lo será la novación, que solamente se producirá, en definitiva, si la condición suspensiva de la nueva obligación se realiza o si la condición resolutoria no se cumple".

do su ciclo, no deben relegarla a un segundo plano. Si bien se puede decir que con la nueva obligación la novación pierde por completo todo el interés que tenía, pues su único efecto ya fue agotado completando, así, toda su fase vital, sin embargo, quedan todavía en ésta - resíduos que tienen que ver con su eficacia y exigibilidad.

Todavía, y pese a que el mecanismo novativo ya se ha agotado con el nacimiento de la nueva obligación, ciertos autores hay - que sostienen que para la validez de la obligación nueva, la condición debe ser cumplida, pues de lo contrario subsiste la primitiva, por lo que la novación vendría a verificarse cuando aquella se cumple (113). Conviene, en primer lugar, distinguir entre validez y eficacia de la obligación; la validez, aún pendiente conditione, existe siempre que - la obligación no sea nula, aunque a esta todavía no pueda pedirse su exigibilidad mientras la condición no se cumpla. La eficacia es el elemento que viene a darle a la obligación condicional su exigibilidad, - una vez que la condición se cumpla o no. Pero, antes de que esto suceda, la obligación desde su nacimiento es válida, excepto que contenga vicios que provoquen su nulidad, lo que en nada obsta para que la novación efectuada no pueda tenerse aún por eficaz desde el momento mismo en que se quiera, y no hasta tanto, como creen ciertos autores ANTES aludidos, el cumplimiento de la condición, con lo que queda, como consecuencia, la subsistencia de la primitiva obligación que fue novada, pero no extinguida, a pesar de que represente lo anterior una contradicción. Esto es minorizar su validez y desnaturalizar su efecto. Creemos que por el efecto negativo, la nueva obligación es - igual de válida que lo fué la precedente y que para adquirir su validez no es necesario que tenga que cumplirse la condición y mucho menos

(113) Cfr. Mucius Scaevola, Quintus, Código civil (Legislación española, casa editorial, Madrid, 1902, T. XIX, p. 1042; von Tuhr, op cit., p. 149.

que por el mecanismo novativo, una vez que ha funcionado, deba permanecer subsistente la antigua, pues, o bien puede quererse igualmente condicional, o bien ser pura y adquirir entonces plena eficacia y exigibilidad, en donde la condición que afecta a la primitiva, desde que se quiso y verificó la novación, no asume ningún rol impeditivo que obstaculice la funcionalidad práctica del instituto. Queda, pues, la condición, para los efectos novativos, reducida a nada, como si no existiera y no afectara a la obligación, al igual que queda la obligación sujeta a ella, una vez que el efecto extintivo ha acaecido.

Sobre la exigibilidad o no de la prior obligatio durante la situación de pendencia y cuando la voluntad de las partes no se manifieste al respecto, Sancho Rebullida nos propone una serie de reglas, de las cuales únicamente quedan serias dudas en relación con la novación (114). Conviene comenzar cuestionándose, entonces, hasta qué punto

- (114) Op. cit. pp. 343 y ss. Las reglas que establece son las siguientes: a) Pendente conditione: Si la condición es suspensiva la antigua obligación subsiste pero modificada, como si se le añadiera una condición resolutoria inversa, lo cual, de suyo, puede significar ya novación... Y si es resolutoria la condición interpuesta a la nueva obligación, la prior quedará en suspenso, es decir, supeditada a la una condición suspensiva inversa. b) Condición cumplida: Siendo suspensiva, se produce novación con efectos retroactivos. En ello se aprecia la entidad que tenía el acto novativo, sino para extinguir statim, sí para condicionar la existencia o extinción al cumplimiento o no de la condición, con el consiguiente juego de retroactividad. Siendo resolutoria, se alza la suspensión y recobra su eficacia la obligación anterior: como cuando se cumple una condición suspensiva. c) Condición incumplida: Si es suspensiva, la prior obligatio recobra su firmeza anterior, desaparece el riesgo de extinción y es "como si" no hubiese existido acto novativo. En este caso, no ha llegado a haber novación porque no ha habido extinción... Si la condición es resolutoria, se confirmará retroactivamente la novación, como si la condición suspensiva añadida a la primera no se cumpliera".

puede hablarse de verdadera novación, en sentido técnico, cuando hay subsistencia de la antigua obligación? Si puede entenderse que este fenómeno de subsistencia permite el nacimiento de una nueva obligación condicional o no, mediante la novación? y, con cuáles atribuciones propias cuenta el acto novativo, inherentes a su naturaleza, para que deje sin realizar su primer efecto extintivo, cuando la voluntad de las partes no se exprese directamente al respecto? Si, echando mano a la novación, las respuestas dieran a entender que es posible la subsistencia de la antigua obligación, otra cosa no se haría que desnaturalizar la institución, pero, si la afirmativa lo fuera por la subsistencia de la antigua nada más, sin recurrir al instituto, se estaría en presencia de la que la doctrina denomina "modificación" de la obligación, que, a la vez, impide el nacimiento de una nueva obligación. En principio, hablar de subsistencia condicionada conduce a no reconocer efectos a la novación y, mucho menos tampoco el extintivo, a quererla sujetar en su autonomía para que dependa del tipo de condición que se le ha impuesto a la obligación que se desea extinguir. Excepto el caso contenido en la regla de la condición incumplida, de que si es suspensiva, la prior obligatio recobra su firmeza anterior y es como si no hubiese existido acto novativo, las demás lo que hacen es supeditar, aparte de hacerlo con la novación y su efecto extintivo, la extinción de la primitiva obligación a una condición totalmente inversa y contraria de la que ya afecta a la nueva obligación. Y, es que en realidad creemos que el problema de la nueva obligación condicional no debe complicarse tanto para determinar la exigibilidad, por la condición que la afecta, de la obligación novada cuando esta afecta a cualquier condición, pues, como bien sabemos, su cumplimiento no puede hacerse exigible hasta tanto la condición no se cumpla. Mientras la situación de pendencia continúe, una vez novada esa obligación tendrá que extinguirse para dar lugar a otra nueva situación de pendencia, cuando la nueva que surge se ha deseado

también condicional, que a su vez no hace posible la exigibilidad de la misma hasta tanto no se tenga por extinguida.

Tratando de simplificar más el problema, dice Ruggiero - que "puede una obligación pura sustituirse por otra condicional; entonces (salvo que se hubiere querido supeditar a condición la obligación antigua, la cual no constituye una novatio), la novación misma y consiguientemente la extinción de la obligación primitiva, se sujeta a condición; así que, pendiente la condición, como quiera que no surja la obligación nueva, no puede hacerse valer la extinción de la antigua, cuyo cumplimiento tampoco podrá exigirse estando la condición pendiente" (115). Pero, veamos que en este caso hipotético, que le ha servido al autor español para darnos las reglas que combatimos cuando se supedita a condición a la prior obligatio y esa impide a su vez, tanto el nacimiento de la nueva obligación como el cumplimiento o exigibilidad de ella misma por todo el tiempo que esté pendiente, es lógico pensar que la novación nunca ha ocurrido y que su efecto extintivo por más que se quiera, aún supeditado como se da a entender a condición, no podrá conseguirse, a menos que aquella se considere también sujeta a condición y que cuando esta se cumpla entonces retroactivamente haya de considerarse operada. Al impedirse rotundamente, por la condición pendiente, los efectos del acto novativo, así como la exigibilidad de la prior obligatio condicional, lo que habrá de verse, entonces, es una modificación de la obligación pura, de — ahí que el autor transcrito diga que esa supeditación condicional no constituye una novatio, en una condicional, por lo que nunca se podrá afirmar que se está en presencia de una novación, cuando menos condicional, por lo que nunca se podrá afirmar que se está en presencia de una novación, cuando menos condicional, porque la misma

(115) De Ruggiero, R., op. cit., p. 223.

ni siquiera se ha podido intentar; en otras palabras, lo que se quiere decir es que si por la condición impuesta a la obligación original se impide de todas maneras tanto el nacimiento de una nueva obligación como la exigibilidad de ella misma mientras esté pendiente la condición, ni siquiera ha de considerarse la presencia de la novación, no por el hecho de que se la haga depender en su eficacia de la condición sino porque ni uno ni otro efectos que le son inherentes han ocurrido, puesto que subsiste transformada, condicionada, la misma obligación que en un principio fue pura. En resumidas cuentas, sencillamente lo que ha sucedido es una simple modificación, mediante la cual se impone a una obligación pura el depender de una condición de la que antes carecía.

Por otro lado, el mismo autor italiano cuando se refiere a que la obligación primitiva puede ser condicional y la nueva pura, manifiesta que "cuando la voluntad no se haya propuesto suprimir la condición (en lo que no habría novación), sino que persiga extinguir la obligación antigua creando otra nueva..." (116), en realidad no hace otra cosa que hacer depender la voluntad de las partes de la condición, y, consecuentemente, también a la misma obligación y al negocio novativo. Esta explicación, actualmente, es imposible de aceptar, pues como claramente lo dice Albaladejo, "presupuesta la existencia de una sola voluntad, no es dicha voluntad ni el negocio lo que queda pendiente de la condición (suceso), sino que es esa voluntad la que existiendo, al querer sub condicione, pone sub condicione los efectos del negocio" (117). Y, es que en verdad, ni la voluntad ni el negocio se tienen por que tener supeditados a la condición, sino únicamente los efectos de éste (derechos y obligaciones) o el cumplimiento de es

(116) De Ruggiero, op. cit., p. 222

(117) Albaladejo García, op. cit., I, II, p. 297.

tos efectos (obligaciones) (118), aunque sea perfecto sostener "que, - en puro rigor lógico, de la condición depende la voluntad (y, con ella el negocio), ya que no hay voluntad de negocio, en todo caso, si no - sólo para el de que se dé la condición (o de que falte ésta), puesto - que sólo se quiere bajo ella" (119). Sin que en la doctrina todavía haya acuerdo de si la condición depende la propia voluntad o el negocio de modo tal que estos no existen hasta que no ocurra tal suceso, resulta que esa rigurosidad lógica a que antes nos referíamos, "choca, en cierto modo, con una realidad práctica: la de que ya hay un hecho exterior, el negocio verificado (aun siendo cierto que la voluntad que en cierra es condicionada) y un vínculo creado por él, vínculo que se llenará de efectos sin la condición se cumple, pero que, aún antes de esto, liga y enlaza a las partes, y produce ciertos resultados (prodrómicos) y encierra ya una expectativa a favor de quien eventualmente adquirirá el derecho sub condicione... De manera que, por esas razones (en cierto modo, si se quiere, vulnerables lógicamente), no resulta incongruente decir que hay negocio y que de la condición lo que pende son los efectos de éste" (120). Todo este desarrollo e interpretación científica, nos lleva a considerar que la novación operada sobre la obligación condicional es válida y a la vez eficaz, y que la creación de la nueva obligación, que no se impide puesto que los efectos de la novación son independientes y distintos de los que debe producir el negocio patrimonial básico, lo es sólomente válida, pero no eficaz ni -

(118) Albaladejo García, Ibid., p. 298.

(119) Albaladejo García, Ibid., p. 298.

(120) Albaladejo García, Ibid., p. 298. En cuanto a la posición que - asume la doctrina jurisprudencial, de considerar que son los - efectos del negocio los que se supeditan a la condición, veáanse las Sentencias del Tribunal Supremo que indica el autor, especialmente las de 7 de junio de 1971 y 6 de noviembre de 1971, con siderando 2º.

exigible, hasta tanto la condición que la afecta no se cumpla.

C. - Elemento nuevo o Aliquid novi

De igual importancia, y sobre todo para que la novación se pueda determinar, según la doctrina, es el elemento nuevo ó aliquid novi introducido en la nueva obligación (121). Así es la opinión que se encuentra en Pothier (122), Carbonnier (123), Puig Peña (124) y otros. El elemento nuevo debe diferir total o parcialmente de alguno de los que componían la antigua obligación, ya sea en su condición de principal o con relación a los secundarios accesorios como el tiempo el lugar, o las garantías y privilegios inherentes a la obligación. Sin embargo, es menester decir que no todo cambio introducido en relación a alguno de estos elementos accesorios comporta necesariamen-

(121) En el derecho romano, el aliquid novi se justifica y explica hasta cuando la novación se produce, a merced de la stipulatio novativa, independientemente del venir a encontrarse en una nueva obligación, y podía consistir en cualquier cambio tanto subjetivo como objetivo, como también en una adición de una determinación accesoria de voluntad, siendo compatible con el idem debitum, ya que se refiere a la nueva stipulatio, no al vínculo. En el Derecho intermedio, con la Glosa y los Comentadores, adquiere su carácter fundamental, en donde si falta no se puede certificar la novación. Cfr., en cuanto a su evolución, Bonifacio, op. cit., pp. 28 y ss.; Giardina, op. cit., p. 149 y Sancho Rebullida, op. cit., pp. 79-80.

(122) Pothier, R. J., Tratado de las obligaciones (Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1947), p. 370.

(123) Carbonnier, Jean, Derecho civil (Bosch, casa editorial, trad. 1ª ed. francesa por Manuel Zorrilla Rufz, Barcelona, 1971) T. II, vol. III, p. 219.

(124) Puig Peña, op. cit., pp. 3470348, afirma: "También se requerirá el aliquid novi, es decir, una diferencia o disparidad entre la obligación primitiva y la nueva, pues si no, no tendría razón de ser la novación, actuando sólo como confirmación del crédito primitivo..."

te novación. El cambio introducido debe ser de una transcendencia e importancia tales, que objetivamente permita distinguir si se está — frente a una real novación o simplemente frente a una modificación — misma de la obligación, pero, creemos, que el mero cambio por si solo no es productor de la novación y sus efectos, sino que es necesario que se valga de otro elemento para que entonces tenga lugar ésta aún cuando las partes no hayan manifestado expresamente su voluntad extintiva. El elemento que inseparablemente debe acompañar a este — otro es el *ánimus novandi*, que en caso de manifestarse tácitamente, no supone la novación por la incompatibilidad que se genera del *aliquid novi* y de la simple confrontación de los elementos materiales, sino que, como ya dijimos, de los actos externos que dieron origen al cambio y a la introducción del elemento nuevo, así como de los posteriores, en los cuales es donde realmente consta la voluntad extintiva.

Albaladejo, por su parte, igualmente cree que el elemento nuevo solamente debe alcanzar las condiciones principales de las — obligaciones, y por las cuales se puede lograr la novación, ya que — las condiciones secundarias tienden meramente a una finalidad modificativa, y sobre el particular dice: "Más, las partes, si ciertamente son dueñas de construir en caso concreto — que objetivamente permita la elección— bien como extinción de una obligación y nacimiento de otra, bien como modificación de una obligación, sin embargo, de lo — que no son dueñas — porque — iría contra la naturaleza de las cosas— es de: 1º Realizar una novación extintiva en un caso en que el cambio que se establezca sea tan axíquo que objetivamente excluya la posibilidad de pensar que se está frente a otra obligación (pues es sólo la anterior con un ligero retoque). 2º. Establecer una novación modificativa cuando la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles; pues, entonces, la naturaleza de las cosas (además, art. 1.204, *in fine*), implica novación extintiva, y lo único que las partes

pueden hacer, si no quieren extinción, es llevar a cabo un cambio menos trascendental (125). Establecida así, entonces, la principalidad que debe tener el elemento nuevo para que sea capaz, no por sí mismo, de producir novación, no encontramos argumentos valederos que se le puedan oponer.

Hemos dicho ya, aunque someramente, que el aliquid novi no es capaz por sí mismo de producir la novación, sobre todo cuando la voluntad de las partes no conste expresamente. Es indudable y efectivo que éste elemento inmediatamente hará surgir la figura de la incompatibilidad, de la que si bien es cierto puede presumirse el acto novativo, no lo será idónea para presumir el ánimus novandi. Al introducir el elemento nuevo, algo de lo que contenfa la obligación precedente havariado, por lo que no es posible deducir la novación, aunque si se puede afirmar que esa noedad en principio ya representa una modificación de la relación obligatoria. Para que se pueda afirmar que el elemento nuevo, por incompatibilidad, es idóneo para producir la novación, es necesario echar mano al ánimus novandi, que vendrá a deducirse, dentro de un único camino posible, de la voluntad trasladada al acto que lo produjo, así como también, de los restantes actos que reflejen los comportamientos subjetivos de las partes, posteriores a su configuración. Solamente de éstos podrá extraerse la voluntad novativa apta para sostener que con el elemento nuevo se ha querido el efecto extintivo en la obligación antigua, y que la incompatibilidad por él creada supone novación y nada más.

El elemento nuevo es importante, en la realidad práctica, para determinar la novación o bien, la modificación de las obligaciones. Si llegáramos a plantearnos su inexistencia, vemos, entonces, que nada trascendental ocurre en la vida de la relación obligatoria, puesto que esta continuarfa existiendo con la misma inercia que le impulsó al nacimiento, sin producir alteración que pueda trastornar su

continuidad. Es más, incluso, existiendo elemento nuevo, pero entonces referido sólo a los accidentes secundarios de la obligación, esa - continuidad e inalterabilidad seguirían invariables, con la finalidad de obtener los efectos deseados por las partes.

Resumiendo, en conclusión, ya sea que falte el *aliquid novi* o que aún existiendo, pero referido a elementos secundarios de la relación obligatoria, se estará frente a un mero reconocimiento (126) de la misma relación, puesto que la "novación, en principio, precisa para darse del *ánimus novandi*, que constituye su requisito básico y caracterizador, pero requiere también de una nueva obligación, que va a reemplazar a la que se extingue, *nova obligatio*, cuyo carácter le - viene de que discrepa en algo de la antigua, esto es, de que se da en ella un *aliquid novi* en relación a la precedente, pues si en nada se diferenciara se estaría, como señala Núñez Lagos, ante un mero reconocimiento de ésta" (127).

3. - El cambio o variación en el objeto

Anteriormente cuando hicimos alusión al objeto de la obligación, manifestábamos que la doctrina considera como tal a la prestación, y - que ésta definíase como la actividad o comportamiento del deudor enca-minado a la satisfacción del interés del acreedor; más, concretamente, se debe entender como "todo aquello sobre lo cual se exteriorice el de-recho del acreedor, o aquellos a que se refiere el contenido del derecho del crédito" (128). Sin embargo, cuando muchas veces la actividad

(126) Cfr. Díaz Pairó, op. cit., p. 111.

(127) Cristobal Montes, Angel, La llamada novación modificativa en el Derecho civil español, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1973, pp. 1209-1209.

(128) Messineo, op. cit., p. 28.

o el interés de las partes se dirige a una prestación de dar, ya sea - porque se desea transmitir un derecho real o porque el derecho recae sobre una cosa material, el objeto de la prestación, entonces, se identifica con las cosas materiales que, pero, a su pesar, "no son, pues, objeto inmediato de la obligación, sino objeto de la actividad del deudor..." (129) Partamos, entonces, de que el objeto de la obligación, esencial y principalmente, es la prestación.

En el Derecho moderno, la novación por cambio de objeto ocupa un lugar predominante, y es la que en la actualidad reviste mayor importancia (130), ya que, por el contrario, la novación subjetiva por - cambio de acreedor o deudor ha encontrado nuevas figuras jurídicas que impiden la ruptura brutal del vínculo y la pérdida de los derechos y garantías accesorios.

La doctrina es unánime en sostener que la novación objetiva solamente tiene lugar inter easdem personas, o sea, entre los mismos - sujetos vinculados por la originaria relación obligatoria (131), aunque nada impide que el efecto del acto novativo pueda implicar también a - un tercero (132), y, generalmente, tiene lugar por cambio de objeto, de causa, y, en algunos ordenamientos, por condiciones principales, "...por cambio de objeto (el obligado a dar mil pesetas, pasar a es-

(129) Espín Cánovas, Manual cit., p. 43.

(130) Cfr. de Cossío y Corral, Alfonso, La transmisión pasiva de las - obligaciones a título singular, en Anales de la Academia matritense del Notariado, 1945, p. 190, quien sostiene que "En el derecho moderno, el cambio de objeto es la función fundamental del procedimiento novatorio, la forma elegida carece de transcendencia y la intención de novar es esencial para que el efecto se produzca"

(131) Cfr. Buccisano, op. cit. p. 160; Messineo, op. cit., p. 401; Sancho Rebullida, op. cit., p. 377, entre otros.

(132) En igual sentido, Buccisano, op. cit., pp. 161-162.

tar obligado a dar un bien mueble en vez de aquellas, o a prestar, en su lugar, determinado servicio), por cambio de causa (el obligado a dar mil pesetas en concepto de precio de una cosa que compró, se los queda en préstamo y queda obligado a devolverlos por razón de mútuo) o por cambio de condiciones (el obligado a entregar trigo de la calidad A, queda obligado a entregar de la calidad B; al deudor de mil pesetas se le reduce la deuda a quinientas, adelantándose la fecha de pago, o se le eleva a mil quinientas, retrasándose dicha fecha, etc.)" (133).

Por ahora nos interesa únicamente la novación por cambio de objeto. La que pueda producirse por cambio de causa la veremos en el siguiente número y la que se refiere a las condiciones principales, - cuando nos corresponda estudiar la novación en el Derecho español.

La novación por cambio de objeto implica cambiar el tipo de prestación o la cosa de la obligación originaria por otra distinta que contiene la nueva obligación, conservando inalterados los demás elementos de la relación. Esta sustitución no debe importar que se trate solamente de una misma clase de obligación (134), sino que puede tratarse de diferentes tipos de prestación como de distinta cualidad de los bienes (por ejemplo, un caballo pura sangre por un automóvil último - modelo, etc.).

Sin embargo, creemos que para que realmente pueda hablarse - de novación en sentido técnico, la misma no debe atribuirse al cambio

(133) Albaladejo García, Manuel, Instituciones de Derecho civil (Librería Bosch, 2ª ed. Barcelona, 1972) Vol. I, p. 490; Cfr., Espín Cánovas, Manual cit., pp. 155 y ss, que establece y determina también la novación objetiva dentro del ámbito señalado, indicando que en la de por cambio de objeto, la prestación de la nueva debe ser distinta de la precedente.

(134) Cfr. en sentido contrario, Puig Peña, op. cit., p. 467.

de objeto, cuando éste sea una cosa material ni haya de entregarse me diante la prestación de dar, porque aquí podría encontrarse, excepto en el caso en que las partes quieran efectivamente la novación, aunque dentro del rigor técnico no sea correcto, frente a otra figura como es la dación en pago (135). Por el momento, acordemos, apegados a la teo ricidad doctrinal y a la literalidad de la norma jurídica, que la nova-- ción por cambio de objeto debe entenderse limitada a la sustitución de un tipo de prestación por otro tipo de prestación; es decir, habrá siempre novación objetiva cuando una obligación con prestación de dar se - transforme en una obligación con prestación de hacer, o una presta-- ción de no hacer en una prestación de dar y, viceversa, para los tres tipos. En todos estos cambios del objeto de la obligación habrá nova-- ción, aún cuando las partes no lo hayan declarado expresamente. Por otro lado, si nada excluye que los objetos materiales puedan novarse, nosotros pensamos que no existe verdadera novación, pues se continúa siempre, a pesar del cambio, dentro de un esquema fijo de un tipo de - prestación, la de dar. Exceptuada de estos casos la voluntad novati-- va, podemos encontrarnos en presencia de una mera modificación del objeto de la prestación, pero no frente a un cambio de la misma prestación.

Como puede observarse, entonces, la novación por cambio de ob- jeto, a nuestro entender, queda reducida a los cambios del tipo de pres tación únicamente, ya que es lo más lógico qque así ocurra. No pretendem os tampoco eliminar la novación por cambio de objeto material, sino que la limitación a los casos en que las partes la quieran expresamente pero aún así, es de dudosa existencia, pues mediante la dación en pago se facilita más el cumplimiento de la obligación y se conservan, por - otro lado, las garantías accesorias que acompañan al crédito, cosa -

(135) Véase, infra, Cap. II, Part. II. p.

que no sucede si se recurre al mecanismo de la novación, ya que ésta "tiene consecuencias graves, para el acreedor, porque le hace perder las garantías y algunos de los remedios conexos con el crédito — originario" (136), además de perder el crédito mismo.

En la novación es necesario "distinguir los cambios intrínsecos que pueden realizarse en el crédito subsistiendo su identidad. Estos cambios pueden consistir en aumentar o disminuir la prestación o en sustituir el objeto primitivo de ésta por otros" (137). Efectivamente, estos cambios son de suma importancia para determinar, sobre todo, si se está en presencia de una novación o sólo frente a una modificación del crédito.

Generalmente, la doctrina sostiene que todo cambio cuantitativo que aumente o disminuya la cuantía del crédito no extingue la obligación y crea otra nueva, ya que sustancialmente se está dejando íntegra la estructura de la obligación misma; en igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (138). Pero, pareciera que aquellos cambios cuantitativos que aumenten la cuantía de la obligación no producen una simple modificación, sino que en ellos debe irse más allá, tal vez en busca de la novación (139). Por nuestra parte, afirmamos que el crédito es un derecho ideal que el acreedor tiene en una relación obligatoria, distinto de lo que puede ser el objeto material. Cuando se mod

(136) Trimarchi, op. cit. p. 417.

(137) von Tuhr, op. cit., p. 148.

(138) Cfr. En cuanto a esta corriente doctrinal y jurisprudencial: Azurza, op. cit., p. 606; Puig Brutau, op. cit., 1959, p. 399; Sancho Rebullida, op. cit., p. 378; Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de marzo de 1933.

(139) Cfr. Puig Brutau, ibid., p. 399, que dice: "Pero tal vez no podría afirmarse lo mismo si en lugar de disminuirse la cuantía de la deuda resultara aumentada"; Tribunal Supremo, Sentencias de 12 de febrero de 1970, y 14 de marzo de 1978.

fica el objeto, disminuyéndolo o aumentándolo, el crédito original permanece invariable, subsiste en sí mismo, pese a la modificación, aunque luego venga a ser representado por un objeto o una cantidad mayor o menos, que no son en sí mismos el crédito, por lo que no importa la clase de modificación, preferentemente cuando se trate de aumentar la deuda, para sostener que no hay novación, pues si, por un lago, la obligación se hace más gravosa para el deudor y éste mediante convenio ha querido asumirla, no por ello ha de ser la ley o el intérprete quienes vengan luego a decir que tal acuerdo no es permitido como modificación y, por otro lado, con respecto a los fiadores, los mismos continuarán respondiendo, en lógica jurídica, por la deuda original a que se obligaron, pero no por el aumento que después se introdujo, a no ser que lo consientan, ni que por el mismo engañen derecho a eximirse de la totalidad de la deuda alegando a su favor una irresponsabilidad que sólo es parcial. Es más, podría pensarse por si se obligaran por la totalidad de la deuda, incluido el aumento introducido, frente al acreedor, y en el eventual caso de que tuvieran que hacerle frente al subrogarse en los derechos de éste, lo harían por el monto total y ya no por el que originalmente se habían comprometido. Así entendido el aumento del quantum, no compartimos la afirmación de Sancho Rebullida (140), de que se trata de dos obligaciones yuxtapuestas y de un caso de acumulación, por la simple razón de que no se está extinguiendo ninguna obligación y mucho menos, tampoco creando otra, sino que como el mismo autor reconoce, es la misma obligación económicamen-

(140) Op. cit., pp. 378-379, afirma: "...pero en el de incremento, aunque económicamente la obligación sea la misma aumentada-así - también inter partes - jurídicamente, como muy bien señala parte de la doctrina del Derecho común, se trata de dos obligaciones yuxtapuestas; es un caso de acumulación en que la primera subsiste con sus garantías y privilegios, no extendidas, sin embargo, en perjuicio de tercero, a la segunda, al incremento".

te aumentada, en donde las garantías y privilegios continuarán limitadas a como se encontraban antes del incremento, o extenderse al incremento, sin perjuicio de tercero, por lo dicho en líneas atrás. Pero, en vez de existir dos obligaciones, el incremento solo viene a reforzar aún más la antigua y misma obligación, sin que por ello el acreedor tenga dos fundamentos para su pretensión, sino un único fundamento, más fuerte y sólido, frente a una única pretensión.

La determinación de la prestación para efectos de la novación objetiva requiere un particular tratamiento. Para la existencia de la prestación, es requisito indispensable que se halle determinada, pues de lo contrario la obligación es ineficaz y puede decirse que todavía no ha nacido. Mientras que la prestación sea indeterminada, la novación por cambio de objeto ni siquiera puede intentarse, ya que la relación obligatoria, en su existencia, no se encuentra limitada a un objeto concreto, sino que en esa condición reviste un carácter genérico; pero, a partir del momento en que el objeto adquiere su determinación a través de la voluntad de las partes, es que realmente puede decirse que la prestación se define, en sí misma, más concretamente, y ya en esa cualidad sí es susceptible tanto de una novación como de una modificación, puesto que la determinación va a permitir la variación del objeto y el contenido de la obligación. Sin embargo, distinta de esta determinación, que habrá de hacerse a base de criterios subjetivos fijados al nacer la obligación, "quedan los supuestos en que éstas-las partes - determinan la prestación cuando les compete el derecho de elección en las obligaciones alternativas y en las genéricas. Más, en estas hipótesis, se trata de una determinación en sentido distinto al - en que se habla en el texto, pues en el de éste hay ya determinación - (están determinadas las diversas prestaciones, o está determinada genéricamente la prestación), aunque sea preciso aún individualizar la prestación concreta que se haya de realizar" (141).

Y es que, distinta es la determinación que se da en la obligación alternativa. "La relación de igualdad entre el objeto de la obligación y el cumplimiento, que es absoluta en las obligaciones con prestación determinada, no se presenta con la misma plenitud cuando la prestación es meramente determinable, como ocurre con las obligaciones alternativas y en las genéricas" (142). En este tipo de obligación, a diferencia de las conjuntivas y facultativas (143), existen varias prestaciones, en donde sólo una de ellas es debida y es la que ha de ser cumplida, bien que corresponda la elección al acreedor, al deudor o a un tercero (144), siendo imposible el cumplimiento parcial de una y otra prestación. Por ello se ha llegado a afirmar por algún autor, que en "forma análoga a lo que ocurre en el caso de obligación genérica, la prestación es en principio relativamente indeterminada; pero lo adeudado no es "cualquier" objeto de los que integran la prestación y de -

(141) Albaladejo García, op. cit., nota 2, p. 21.

(142) Hernández Gil, op. cit., p. 335.

(143) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 307-308, que sostienen que: "La obligación es conjuntiva cuando el deudor debe cumplir para liberarse, varias prestaciones. En ocasiones, la obligación conjuntiva o conjunta es una obligación única que tiene varios objetos -por ejemplo, una agencia de viajes debe asegurar el transporte, alojamiento, etc., de sus clientes-; en otras comprende varias obligaciones distintas; por ejemplo, prometo un automóvil y un millón. El deudor no debe sino una sola prestación pero posee la facultad de liberarse cumpliendo otra prestación determinada. No existe aquí más que una sola prestación, no solo *in solutione*, sino *in obligatione*: la obligación no tiene más - que un objeto; la segunda prestación prevista es tan sólo "*in facultate solutione*".

(144) Esta es la opinión común en Larenz, Karl, Derecho de obligaciones (Ed. Revista de Derecho Privado, trad. de Jaime Santos - Briz, Madrid, 1958) T. I, p. 167; de Ruggiero, op. cit., p. 41; - Puig Brutau, op. cit., p. 209; la naturaleza jurídica de la obligación alternativa es la de ser única; es debida una sola y única prestación, la cual está integrada por una serie de posibilidades de prestación entre sí delimitadas, Cfr. Hernández Gil, op. cit. pp. 139 y ss.

la calidad general, sino uno de varios objetos ya determinados" (145) por lo que, a nuestro juicio, no sería equivocado que este tipo de prestación tenga más referencia a las obligaciones de dar, en donde el deudor cumple de igual forma dando un objeto, una cosa o res de cualquera de las prestaciones, que extingue la obligación; y, además, así se desprende del concepto romano de plures res sint in obligatione, una autem in solutione.

Por lo que respecta a la novación, dijimos que esta tendrá su - campo de operatividad una vez que la prestación estuviere o fuere determinada y que mientras esto no ocurriera, ni siquiera podría pensarse en la posibilidad de la obligación. Una vez completada la fase del - desarrollo normal de ésta y a partir del momento en que exista la po- sibilidad de exigirse, entonces la novación puede obrar y nada exclu- ye que "el acreedor y el deudor concluyan un contrato mediante el -- cual mutan el objeto o modifican el contenido de la obligación preexistente, transformándola en una obligación alternativa o con facultad alternativa, de modo que la asunción de una nueva obligación determine, contextualmente, la extinción de la obligación originaria" (146), produciéndose, en consecuencia, una novación objetiva, en la que para dar nacimiento a la obligación alternativa o con facultad alternativa, la - obligación preexistente, que era simple, ha debido extinguirse; y no - podría pensarse tampoco, por otro lado, que el cambio ocurrido ha sido una simple modificación de la obligación, pues la simple idea de modificación se opone a la naturaleza misma de la novación, que siempre y en todo momento determina la extinción de una obligación.

(145) Larenz, ibid., p. 167.

(146) Buccisano, op. cit., p. 80.

4. - El cambio de causa en la obligación preexistente

Realmente la novación objetiva por cambio de causa ha provocado arduas discusiones dentro de la doctrina del Derecho positivo, en don de se encuentran toda una gama de corrientes, representadas unas - por quienes la niegan del todo, al igual que lo hacen con la de la obligación, otras por quienes le dan una aceptación restringida y creen - que no se ~~trata~~ de una novación en el sentido técnico del término, y finalmente otros que la admiten sin discusión y sostienen que es un tipo de novación que se encuentra bastante frecuentemente en la práctica.

Partamos, para el presente estudio, de esta última corriente y - demos por sentado, de antemano, la existencia de una causa para cada tipo de negocio jurídico.

Si ya de por sí, la causa de la obligación (147) es un tema harto difícil y un tanto estéril, recordemos que la causa a que alude la Ley civil española es a la de la obligación y que, entendida en sentido objetivo, es "el fin inmediato y objetivo a que la atribución se dirige: por que la atribución es un mero medio de alcanzar aquél fin; es decir, no tiene su justificación en ella misma... por ello, se puede concluir que la causa que nuestro Código habla (causa de la obligación) cabe referirla no al negocio, sino a la atribución patrimonial..." (148) Esto -- nos lleva a considerar que si la causa es el fin inmediato y objetivo a que la atribución patrimonial se dirige, los fines o causas "que más - frecuentemente persiguen las atribuciones patrimoniales son: 1º Obte-

(147) Sobre estudios concretos, que se han efectuado sobre la causa, cfr. Albaladejo García, Manuel, La causa, en Revista de Derecho Privado, 1958, p. 315, y ss.; Sancho Rebullida, Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1971, p. 663 y ss.

(148) Albaladejo García, Ibid, p. 318.

ner un contravalor. Por ejemplo, en la venta y compra, el vendedor al celebrarla, confiere al comprador derecho a la cosa, con el fin - de obtener él el derecho al precio. Se habla, entonces, de causa cre- dendi o acquirendi. 2º. Enriquecer a otro gratuitamente, por ejemplo, al celebrar la donación, el donante confiere al donatario el derecho a lo donado, por mera liberalidad. Se habla entonces de causa donandi. 3º. Liberarse de una obligación. Por ejemplo, lo mismo el vendedor que el donante, cuando - al cumplir el contrato - transfieren al comprador o al donatario la cosa vendida o donada (que deben a éstos) lo hacen para extinguir la obligación que sobre ellos pesa. Se habla, entonces, de causa solvendi" (149). Pero, esta no es la causa que interesa para el efecto novativo, pues si a ella nos referieramos, entonces, bien perfectamente se puede afirmar que la novación por cambio de causa no existe, a no ser que se entre en el - juego de estas causas de atribución, en el entendido de que se pasa de una categoría a otra, como por ejemplo, si se cambiara una causa credendi o acquirendi por una donandi o solvendi o viceversa.

Para establecer la novación por cambio de causa, es necesario profundizar más en otro tipo de causa, que es la del contrato, que - "es la razón, el motivo o los motivos que han determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato... que es concreta y vivien- te, porque se trata de apreciar el movil que ha impulsado a las partes a celebrar el contrato" (150); es decir, hay que llegar a establecer que la causa debendi de una obligación puede cambiarse por otra; como cambio de un tipo contractual por otro, en donde la misma pres- tación que antes era debida a raíz de una compraventa se debe ahora a título de depósito o préstamo. Es a esta distinción y ámbito, que la

(149) Albaladejo García, Ibid., pp. 318-319

(150) Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 288, 289 y 292.

doctrina actualmente ha llegado a aceptar y concebir la novación por cambio de causa, definiendo la operación que se celebra como una - sustitución mediante la cual el propio deudor se obliga para con el - mismo acreedor con igual objeto, pero en virtud de un título distinto en donde el cambio propiamente dicho recae sobre la causa eficiente de la obligación (151).

Sin embargo y pese a que hoy día se acepta este tipo de novación objetiva, creemos lógicas las razones de Sancho Rebullida, sobre todo que con el contrato novatorio la causa de la prior obligatio no se origina nuevamente. "En los casos de novación no se cambia - la causa - en el sentido dicho - de la prior obligatio, y, al cambiarla, la extingue y nace otra que la sustituye. No; obsérvese que en - una novación típica (cambio de objeto, por ejemplo), no sucede que - el contrato novativo reemplace al originario y, entonces la obligación nacida de este cambio; si se estipula que en lugar de pagar el - precio en dinero se prestara un servicio, la causa originaria del pago del precio sigue siendo el contrato de compraventa, en cierto sentido, a través de la novación, lo es también de la nova obligatio. Lo que encuentra dificultad lógica es que una obligación cambie de causa de originación.

Entonces el problema "cambio de causa" se nos presenta en - otra forma: el contrato - novativo - de mutuo da origen a una obligación - devolución de lo prestado - que sustituye, extinguiéndola, la obligación - pago del precio - generada por el contrato primero de - compraventa... En realidad, desentrañando el mecanismo jurídico -

(151) Cfr. Azurza, op. cit., p. 606, Castán, op. cit., p. 335; Colin y Capitant, op. cit., p. 215; de Ruggiero, op. cit., pp. 221-222; Messineo, op. cit. p. 25; Puig Brutau, op. cit., 1959, pp. - 399-400.

de este resultado económico, se observa que no hay aquí la inmediación propia de la novación, sino que se trata de una fórmula - abreviada que evita contrapuestas atribuciones económicamente inútiles; en otras palabras: la explicación jurídica del fenómeno es a través de un pago ficticio y de una entrega - préstamo -, también ficticia, de la misma cantidad". (152)

En efecto, este tipo de novación por cambio de causa no es una novación cualquiera, como lo reconoce Albaladejo (153); y mucho menos se trata de una simple modificación (154). Creemos - que la única objeción que encontramos es ver en ella una especie de pago y entrega ficticias, cuando concretamente se puede recurrir a la búsqueda soluciones más simples, ya sea apelando al - mecanismo de la causa novandi o bien al de la imposibilidad de existencia de una pluralidad de causas para un mismo tipo de ne-

(152) Op. cit., pp. pp. 385-386

(153) Albaladejo García, Derecho cit. II, O. p. 269: "Por lo ex puesto parece claro que la novación por cambio de causa - que no es una novación como las otras. Pero, sobre esa ba se, y en el sentido que queda aclarado, se puede seguir ha blando, si se quiere, de novación por cambio de causa. No- vación que, según lo explicado, no puede sino ser extinti- va, ya que no cabe admitir que subsista modificada una - obligación que, por el mecanismo examinado, realmente se vé que se extingue por el pago ficticio y de paso a la segun- da que nace de la entrega ficticia".

(154) Cfr. en sentido contrario a lo antes expresado, y hablando sobre la modificación de las obligaciones, Albaladejo Gar- cía, Derecho cit., II, I, p: 278, que afirma: "Si no se acep ta la opinión de que el cambio de causa implica novación ex tinctiva, la modificación objetiva de la obligación puede tam bién tener lugar por cambio de causa (por ejemplo, lo que se debía como precio, se retiene como préstamo, y pasa a deberse como tal). Cambio que daría lugar a novación modi ficativa cuando los interesados no hubieren querido la extin tiva y la obligación antigua y la nueva no sean de todo pun- to incompatibles".

gocio jurídico, para explicarla. Analizando a fondo el problema y para ello necesitamos utilizar palabras de Sancho Rebullida, a primera vista salta la posibilidad de considerar que en vez de estar refiriendo a la causa, lo hace en atención al objeto de la obligación y, más concretamente, a la explicación del negocio de mútuo recurriendo a una ficción, mediante "un pago ficticio" y de una entrega - préstamo -, también ficticia, de la misma cantidad", en lugar de hacerlo más específicamente con el acto novativo, pues la misma explicación que hace del pago y entrega ficticias, valdría no solamente tanto más que para este tipo de novación, sino también para la subjetiva, en donde el viejo acreedor como el viejo deudor, para poder dar entrada en la relación obligatoria a los sujetos que los sustituyen, tienen necesaria y ficticiamente también que aceptar un pago y una entrega, ya que, de lo contrario, podría producirse una unión solidaria entre los sujetos, en donde no habría liberación, que es en el fondo el principio básico de la novación, de los sujetos que inicialmente estaban vinculados.

Por otro lado, no hay que olvidar que el autor para hablar - del pago y entrega ficticias lo hace únicamente teniendo en cuenta el negocio de mútuo, mediante el cual se puede utilizar la construcción de la explicación de la causa que nos muestra, pero, al mismo tiempo se olvida de otros tipos de negocio causal, a través de los cuales también se produce la novación de la obligación precedente, y de la misma transformación que podría operar en sentido inverso de un contrato ex mutuo en uno ex vendita, con lo que, al querer dar esta explicación, viene a concebir todo el instituto como una entidad de efectos ficticios, cuando, en realidad, el acto se encuentra tan autónomamente delimitado en su funcionalidad, que es imposible encontrar otra explicación que no sea la del negocio volitivo.

Recurriendo a su propia funcionalidad, la base explicativa de la novación por cambio de causa se encuentra en la causa novandi, entendida ésta como el interés a la sustitución de una relación obligatoria preexistente por otra relación nueva, que conduce a - facilitar, sin duda alguna, el cumplimiento de la obligación, mediante la transformación y aplicación de una normativa específica correspondiente a una clase de negocio por otra normativa de clase negocial. Esta causa novandi es genérica y sustituye una causa específica de un determinado negocio por otra, también específica, - con la que se crea una nueva relación causal obligatoria fundada - en una nueva regulación normativa independiente de la anterior y que es consecuencia natural y constante del acto novativo, sin que por esta nueva obligación se vea desdibujada la naturaleza jurídica de la novación. Así que si, entonces, "un acreedor conviene - con el deudor en que este retenga a título de mútuo esto que le debe por una causa diversa, con tal que la voluntad de extinguir con textualmente la precedente obligación resulte en modo no equívoco se tiene una novación por cambio de título (causa), y no un mútuo fundado sobre una ficción" (155).

Tampoco menos controvertida ha resultado siempre en la doctrina y en la práctica, la novación que ven producirse en el contrato de cuenta corriente. En la doctrina se define este contrato como el ingreso en una cuenta corriente de todos los créditos -remesas- que puedan nacer de las relaciones comerciales de las partes y su anotación en las partidas de Debe y Haber, comprometiéndose éstas a no hacerlos exigibles, hasta su contabilización en un crédito único resultante del saldo final (156). Los principales efectos del con

(155) Buccisano, op. cit., pp. 133-134.

(156) Cfr. Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, (Imprenta Aguirre, 6ª ed., Madrid, 1974), T. II, pp. 41 y ss.; UrfaRo

trato son la inexigibilidad de los créditos ingresados hasta que no se produzca la compensación final en el momento del cierre, que resulta de la anotación de las diferentes remesas en las partidas indicadas y de la que deriva un saldo final por diferencia. Mientras no se produzca la compensación, dice Urfa, "continúan siendo verdaderos créditos individualizados, distintos y separados si bien con exigibilidad aplazada..." (157). Ahora bien, la novación que viene a operarse en el contrato, resulta hasta el final, en el momento en que se produce el cierre de la cuenta por compensación, mientras que durante todo el tiempo anterior a esta operación "la inclusión de los créditos en la cuenta no implica, por sí, la pérdida de su individualidad, ni la rotura del nexo con el título del cual traen origen, ni, en definitiva, la novación de las respectivas obligaciones que los general. Aunque este suspendida su exhibibilidad, esas obligaciones subsisten durante el período que va desde la inclusión del crédito en la cuenta corriente hasta el cierre de ésta y es entonces cuando desaparecen por consecuencia de la compensación global, para quedar sustituidos por la obligación única y nueva de satisfacer el saldo resultante, que ya trae su causa del contrato de cuenta corriente. Sólo entonces se podrá hablar de novación en el sentido de los artículos 1203 y siguientes del Código Civil" (158).

(cont. pág. ant.) ... drigo, Derecho Mercantil (Imprenta Aguirre, 11ª ed., Madrid, 1976) pp. 629 y ss.

(157) Ibid., p. 632.

(158) Urfa, Ibid., pp. 632-633, Casi en idénticas palabras se expresa Garrigues, op. cit., p. 50, quien dice: "Sin embargo, durante la cuenta corriente no hay novación en sentido técnico, porque la obligación primitiva no se sustituye por ninguna otra. Es el momento del cierre cuando el saldo definitivo, resultado de la compensación global operada, viene a sustituir a todos los créditos inscritos en ella. En este momento hay, pues, verdadera novación, ya que existe el *ánimus novandi* (art. 1204 del C. c.) inherente al pacto de cuenta corriente, y se producen los efectos propios de toda novación: extinción de las obligaciones

Entendida así, entonces, por la doctrina privatista la actuación del contrato de cuenta corriente, la novación viene finalmente a encontrarse en el mismo al cierre de la cuenta (159); pero, sin embargo, hay quienes niegan del todo que exista novación, en el entendido de que "si las partes reconocen la suma de los haberes o el saldo, es indudable que están muy lejos de querer la extinción de los créditos singulares y, sobre todo, de desear que por ellos se pierdan las seguridades existentes en favor de aquellos... En virtud del reconocimiento de las pérdidas del haber de cada una de las partes, recopiladas y sumadas, nace... un crédito a favor de cada una de las partes dirigido a la suma de las partidas de su haber y, por cierto, que este crédito se añade a todos los créditos singulares de la parte en cuestión... Ahora bien, la formación del saldo implica la compensación, hasta la cantidad concurrente, de los dos créditos de las sumas de los haberes; los créditos singulares subsisten a pesar de la compensación (que solo se refiere a los créditos totales creados por el reconocimiento), pero, según el convenio de las partes, claramente declarado en la liquidación, solo puede hacerse valer si de la liquidación no resulta que han sido cancelados o extinguidos. Pero el propósito de amortizar so-

(cont. pág. ant.)... accesorias (art. 1207 del C. c.) y apertura de un nuevo plazo de prescripción a contar de la fecha de aceptación del saldo".

- (159) Cfr. Escobar, Eloy. El contrato de cuenta corriente y, en especial, sus caracteres de novación e indivisibilidad, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1942, pp:287-288; Sancho Rebullida, op. cit., pp. 387-388; manifiesta que no es posible diagnosticar a priori si produce o no efecto novativo de los créditos ingresados; dependerá de la intención de los contratantes al convenirlo sin más apoyo legal - ni más límite- que el art. 1255 C. c. y que por su carácter meramente ordenador no produce necesariamente novación..."; von Tuhr, op. cit., pp. 150 y ss.

lo resulta referido a los importes que exceden del saldo. De ahí se desprende que el acreedor puede hacer valer todavía cada uno de estos créditos singulares con sus garantías y privilegios, juntos o aisladamente, pero solo hasta el saldo establecido a su favor en la liquidación" (160). Igualmente, por la negativa también se pronuncian Pérez González y Alquer, argumentando que por el art. 1204 del C.c. no puede presumirse que las partes quieran la novación si la pérdida de las garantías y que las antiguas obligaciones y el reconocimiento de la resultante no son de todo punto incompatibles (161).

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo de ver este proceso de ingreso de créditos en una cuenta corriente, una vez -- operada la compensación con las deudas anotadas, una novación de todos ellos, porque aparte de estarse, por un lado, desnaturando la forzosa función del contrato de cuenta corriente, por la otra, pensamos que una vez anotados los créditos en los haberes, éstos se extinguen y fusionan en la misma cuenta corriente, ya que si contrariamente esto no sucediera, en la práctica el -- contrario carecería de toda utilidad. Ahora bien, las garantías que acompañaban a los créditos serán efectivas y lo protegerán hasta antes de su anotación en los haberes, pero una vez ocurrido esto, desaparecerán; es decir, se extinguen con el crédito -- mismo que ha ingresado en la cuenta corriente, respondiendo y garantizando por los mismos el contrato en sí, durante todo el -- tiempo que la cuenta corriente esté abierta. El saldo final, o --

(160) Ennecerus-Lehmann, Op. cit., pp. 367 y ss. citados por Sancho Rebullida, op. cit., pp. 383-384.

(161) Pérez González y Alquer, Trad. y Notas a Derecho cit. p. 370, citados por Sancho Rebullida, op. cit., p. 384.

sea el que resulta de la compensación de créditos y deudas, cuando se quiere el cierre de la cuenta, no es más que un resultado económico que sólo tiene importancia para efectos contables. En resumen, entonces, el contrato de cuenta corriente absorbe los créditos que llegan a él, los fusiona en una masa global que él mismo crea, por lo que se extinguen como tales una vez anotados, y es la cuenta corriente y la masa global la que responderá por los mismos; y una vez que lo haya hecho a través del procedimiento compensatorio, el resultado final no es más que una cantidad contable de importancia para la Contabilidad mercantil y no para el Derecho.

Aunque luego nos corresponda analizarla más detenidamente, - en el Derecho español se ha cuestionado por la doctrina si la novación por cambio de causa se encuentra prevista en el Código Civil y si es posible su admisión a pesar de que a simple vista no conste su mención. Espín Cánovas dice que "el cambio de causa, aunque - no enumerado en el Código expresamente (v. art. 1203, núm. 1º) - también puede dar lugar a la novación objetiva, según opinión común de nuestra doctrina" (162); Albaladejo, al respecto manifiesta: "En pro de que el cambio de causa extingue - y no solo modifica - la obligación, se puede, además alegar el débil argumento literal de que el art. 1203 dice "las obligaciones pueden modificarse: 1º. Variando su objeto o sus condiciones principales...". Luego, si no - menciona la causa es porque estima que la variación de ésta es más que una modificación" (163); y, finalmente, Sancho Rebullida, ampliando la opinión de Espín Cánovas antes citada, agrega "Esto - puede ser ya un síntoma de que no se trata de una clara y típica no

(162) Manual cit., p. 156.

(163) Derecho cit., p. 269.

vación objetiva" (164).

Efectivamente, la novación por cambio de causa no se encuentra mencionada en el artículo 1203, 1º, que se refiere a la modificación de las obligaciones y al no estarlo no por ello debe considerarse que, si como es por la doctrina aceptada, tenga que clarificarse en otro tipo de novación que no sea la objetiva o que sea — merecedora de un tratamiento especial sui generis. Pese a esa ausencia manifiesta, por nuestra parte creemos que si se encuentra mencionada en el Código Civil, tal vez con una tecnicidad avanzada para la época, concretamente en el artículo 1204, cuando habla de que "... o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles", pues esta expresión más que entenderse referida al *ánimus novandi* tácito, lo que hace es admitir este tipo de novación, ya que la incompatibilidad no tanto resulta del enfrentamiento de ambas obligaciones cuando se ha variado algún otro elemento objetivo, sino, necesariamente, de las distintas causas que originaban la normativa jurídica aplicable a cada clase de negocio. De todas maneras, la mención a la incompatibilidad resulta innecesaria, en otros casos de novación objetiva, pues es consecuencia natural que al hacerse el enfrentamiento o comparación entre la antigua y la nueva obligación, algo va a ser distintos en la que se crea. (165).

(164) Derecho cit., p. 269.

(165) Cfr., casi en similares palabras equiparando la incompatibilidad a la causa, Reyes Monterreal, *Esencia de la Novación*, — cit. p. 608, que dice: "Salta a la vista que la extinción, en cambio, se producirá por obra y gracia de la novación cuando la nueva obligación implique, más que una contradicción de objeto o de condiciones con la precedente, una incompatibilidad — de causa, pues es evidente que, cuando uno se obligó a recibir la cosa pagando el precio, y después, se conviene por ambas partes, suprimir éste, la obligación nueva, en razón de esa causa, es incompatible con la anterior (si, directamente, por supresión del elemento objetivo, indirectamente, por sen—

5. Derecho Extranjero

A. - Alemania

En la legislación alemana es donde ha culminado en su mayor plenitud la llamada "crisis de la novación" (166), ya que, con la promulgación del B.G.B., se prescinde totalmente de disciplinarla como institución y como modo de extinción de las obligaciones, se le relega a segunda categoría hasta quedar sometida a los exclusivos dominios de la autonomía contractual. Casi en similares condiciones se encuentra el Código Civil suizo de las obligaciones (167).

Al promulgarse el B.G.B., la novación es sustituida como instituto y en su lugar se regula, entonces: a) El contrato de modificación, mediante el cual "el contenido de cualquier relación obligatoria puede ser modificado en todo momento por los particulares en ella por medio de un contrato... Por medio del contrato de modificación, la relación preexistente no se extingue, sino que sólo se modifica. Las disposiciones contractuales no modificadas continúan en vigor. Especialmente subsisten los derechos de garantía que acompañen eventualmente a la obligación modificada... y como la relación obligatoria, a pesar de la modificación de su contenido

(cont. pág. ant.)... sible alteración de causa), ya que no puede hablarse de una compraventa, sino de una donación".

(166) Cfr., Sancho Rebullida, op. cit., p. 10 "... la novación como instituto que respondía a ideas hace siglos superadas... Pronto, sin embargo, comencé a dudar de la veracidad del tópico: si el B.G.B., en efecto, al prescindir de ella la había relegado a los meros dominios de la libertad contractual, la doctrina germánica posterior iba reaccionando con cierto sentido crítico, señalando diferencias entre contrato de modificación y novación objetiva".

(167) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 148.

permanece la misma, todas las obligaciones creadas después se fundan sobre aquella relación obligatoria preexistente" (168); - b) la cesión de créditos, que "... no constituye un contrato en el sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones, sino un acto de disposición, por medio del cual el crédito sale del patrimonio del cedente y entre en el patrimonio del cesionario" (169); y c) La asunción de deuda, que mediante contrato, "se designa hoy la más propia transmisión de las deudas, consistente en la sustitución de la persona del deudor, sin extinción de la primitiva relación obligatoria. Plasma esta institución en el contrato de asunción de deuda, definido por Enneccerus, como "el contrato por el cual un nuevo deudor asume una nueva deuda existente en lugar del hasta entonces deudor" (170). Los que son partidarios de su eliminación - de la novación -, sostienen y propugnan su sustitución por instituciones más ágiles y usuales, que faciliten mayormente el cumplimiento de las obligaciones afirman la prevalencia, sobre todo, del principio de libertad contractual y la posibilidad de que la relación permanezca inviolable, sin destruir del todo la identidad del crédito.

En cuanto a la novación por cambio de objeto, el número

(168) Veáanse, Lanrenz, K. op. cit. pp. 129 y 131, Hedemann, J. op. cit., p. 201, sostiene que: "Sin embargo, por vía de interpretación, ha de establecerse con exactitud si realmente la voluntad de las partes ha sido el extinguir la antigua relación obligatoria. Es muy posible y en la práctica incluso predominante, que junto a la nueva relación obligatoria deba seguir existiendo la antigua, de modo que el acreedor tenga a su disposición dos fundamentos para su pretensión".

(169) von Tuhr, op. cit., p. 286.

(170) Castán Tobeñas, op. cit., p. 250.

364, 2º, c del B.G.B., sostiene que la novación es una especie de dación en pago que tiene como contenido la constitución de una nueva relación jurídica basada en el consentimiento del acreedor (171), en donde tampoco "la sustitución del objeto de la prestación por otro similar (p.e., en lugar de la vivienda del piso primero se alquila la del segundo) suprime la identidad de la relación siempre que los objetivos de ambas partes permanezcan invariables" (172). La extinción de la obligación precedente solo se producirá si las partes lo han convenido así, pues por sí sola no es posible y, en la duda, siempre ha de suponerse que la nueva obligación se añade a la antigua sólo para reforzarla. Entonces, al entenderse la novación por cambio de objeto como una especie de dación en pago, según Larenz, "... el deudor responde por los vicios jurídicos y materiales que afecten al objeto entregado por él como dación en pago en igual forma que el vendedor, sin que pueda recurrir a la relación obligatoria originaria. La ley aparte del criterio de que el acreedor renuncia a su crédito originario a cambio de la entrega de la prestación" (173). Sin embargo y aún a pesar de que en la doctrina alemana se encuentran defensores de la novación (174), por lo que a nosotros respecta

(171) Cfr. Buccisano, op. cit., p. 150; Espín Cánovas, Manual cit., p. 149; Hedemann, op. cit., p. 194.

(172) Larenz, op. cit., pp. 131-132.

(173) Larenz, ibid., pp. 418-419.

(174) Cfr. Enneccerus, op. cit., p. 365, que afirma: "Pero toda vez que en el derecho de obligaciones rige el principio de libertad de contratación, también es indudable que podemos sustituir la antigua obligación por una nueva que ocupe su lugar y que por esto mismo la extinga, y este acto constitutivo de una obligación y a la vez extintivo de otra pueda referirse a un crédito... o a toda una relación obligatoria"; Schwartz, Des Wessen der novation und ihre Anerkennung in hñngerlichen-

remos que, efectivamente, pese al decaimiento sufrido en los últimos tiempos, la novación tiene todavía relativa importancia y si bien no es en muchos casos prácticos la solución idónea, tampoco, por otro lado, la dación en pago, como institución sustitutiva de aquella, facilita plenamente la agilización del tráfico jurídico en las relaciones comerciales, ni es el medio adecuado que abarque todos los posibles casos de novación objetiva. En consecuencia, nos atenemos a lo antes dicho, en el sentido de que la dación en pago sirve solamente como sustitutiva de la novación por cambio de objeto material, cuando se efectúa sobre una prestación de dar nada más, y como facilitadora del efectivo cumplimiento de la obligación. Y, es que, jurídicamente consideramos que la dación en pago cumple una finalidad extintiva solamente, agotando la -- existencia de la relación obligatoria en el momento en que el acreedor recibe la cosa, distinta de la debida, mientras que la novación permite, además de la subsistencia de un vínculo, mayor seguridad con las garantías y derechos accesorios que eventualmente -- puedan nacer junto a la nueva obligación; la existencia de la novación objetiva, actualmente obedece a un fundamento práctico (175) más que a criterios verdaderamente dogmáticos, encaminado a facilitar, al igual que lo hace la dación en pago por otro lado, el -

(cont. pág. ant.)... Gesetsbuch, citado por Sancho Rebullida, op. cit., p. 150, dice: "Para la novación objetiva-en va no se querrá buscar un sustituto en la datio in solutum, negocio puro y simplemente liberatorio, frente a aquella, que es liberatorio y obligatorio a la vez".

(175) Hdemann, op. cit., p. 201, afirma que el "fundamento de la novación, no regulada expresamente en el B. G. B., es casi-siempre que la antigua obligación resulta demasiado grávida y debe ser sustituida por otras más ágiles y usuales", con lo -- cual, según sus palabras, no es partidario de la eliminación de la novación como institución en el Derecho moderno".

cumplimiento de las obligaciones, mediante un doble efecto que le es propio, aunque los plazos de tiempo para el cumplimiento y este mismo a la vez, no sean tan inmediatos como ocurre con la institución en que se ha querido ver su sustituto.

B. - Francia

En la legislación francesa es donde la novación ha encontrado mayor arraigo, pese a que en distintos ordenamientos que tuvieron su origen en el Códe Napoleón se ha limitado su ámbito de aplicación y continuidad (176), apegada todavía tradicionalmente casi a los antiguos principios que la gobernaban en el Derecho romano del Bajo Imperio.

Aunque el Código civil no la define, se encuentra entre los modos de extinción de las obligaciones que el artículo 1234 - enumera y es, concretamente en el artículo 1271, que permite su operatividad por ambio de acreedor y deudor y admite la sustitución de una deuda por otra entre los mismos sujetos, donde se reconoce su triple modalidad (177).

(176) El Código civil francés, sin atender al desarrollo del Derecho en otras legislaciones, especialmente la alemana, se ha mantenido invariable al permitir la novación por cambio de acreedor, cuando en la actualidad, y especialmente con la aparición de la cesión de créditos, aún sus patrios comentaristas han advertido la innecesariedad de este tipo novativo, a pesar de que esta otra institución se encuentra expresamente normada en los artículos 1689 y siguientes del mismo texto legal. -Cfr., entre otros, Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 459-460 y 477.

(177) Señala, Espín Cánovas, Manual cit., p. 149, que la doctrina francesa le concede poca utilidad y que su subsistencia se debe a que se la ha visto más como una supervivencia de una institución típicamente romana, aunque hayan desaparecido la mayor parte de las razones que la servían de fundamento.

La subsistencia de la novación y mantenimiento en este ordenamiento, radica principalmente por la importancia que se le ha atribuido el *ánimus novandi*, pues "no existe novación si las partes no han tenido la intención de novar" (178); de ahí que se erija en requisito necesario, según la interpretación del artículo 1273, la prueba de la intención, no de la novación, por todos los medios que la ley permite (179).

Especial atención merece la novación subjetiva en sus dos modalidades. Como ya indicamos, el Código Civil mantiene la subjetiva activa, aún cuando separadamente acepta y norma la cesión de créditos, como modo de transmisión de los créditos, como modo de transmisión de los créditos a título singular, privando así a la novación del interés que como negocio jurídico tenía con su evolución desde el Derecho antiguo, pues lógicamente no tiene todos los inconvenientes que la novación acarrea, como la pérdida de las garantías accesorias y las excepciones personales e inherentes al crédito mismo. La cesión de créditos está reglamentada en el Código en los artículos 1689 a 1695 y, debido a ella es que los autores (180) se inclinan, en la práctica, preferentemente por procedi

(178) Mazeaud y Mazeaud, Ibid., p. 461.

(179) Véase, supra nota 86.

(180) Cfr. Planiol, M. Traté pratique de Droit français (con el concurso de Esmein, Rodonant y Gelaldi, 2ª ed., T. VII, vol 2. p. 664), citado por Sancho Rebullida, op. cit., p. 145, que dice: Es una institución cuya importancia práctica va en disminución por cuanto la mayor parte de sus resultados pueden ser obtenidos por otros procedimientos más modernos. Ha perdido su función traslativa en la medida en que se ha ido afirmando la transmisibilidad de las obligaciones. La cesión de créditos hace inútil la novación por cambio de acreedor; Savatier, Cours de Droit civil (T. II, 2ª ed., París, 1949, pp 224 y ss.), citado por Sancho Rebullida, Ibid., p. 146: "El Derecho moderno admite - frente a la rigidez del romano -

mientos más modernos y seguros que los que se obtienen similares resultados. En cuanto a la novación por cambio de deudor, la legislación y doctrinas francesas es donde se ha manifestado más aferrada por su permanencia, ya que en principio no acepta, por ausencia de un procedimiento, la cesión de deudas. Regula, en cambio, la delegación de deuda y aunque no lo dice expresamente, admite también la antigua figura romana de la expromisión en el artículo 1274 (181). Por disposición del artículo 1279, cuando la novación se opera por cambio de deudor, todos los privilegios e hipotecas del antiguo crédito no pueden pasar a los bienes del nuevo deudor, salvo que con consentimiento del antiguo se reservase la antigua hipoteca, o bien, con el del nuevo obligado, se constituyere otra sobre sus propios bienes; y, en caso de insolvencia del nuevo deudor, delegado, el acreedor no puede recurrir contra el primitivo salvo expresa reserva, para cuando aquella sea futura, o bien, que en el momento de la delegación, por insolvencia actual del delegado, se halle garantizado por el estado anterior de derecho, según lo dispone el artículo 1276 del mismo cuerpo legal (182).

(cont. pág. ant.) ... que un nuevo acreedor sustituya a la rigidez del antiguo sin que se pierda la identidad de la obligación por lo que la novación subjetiva activa ha devenido rarísima"

(181) Afirman Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 482, que "la delegación perfecta es, pues, uno de los aspectos de la novación por cambio de deudor. Ya se sabe que esa novación puede realizarse sin el concurso del deudor originario (art. 1274 - del Cód. civ.), se trata de la expromissio. Al contrario, cuando el deudor originario consiente en la novación, se está en presencia de una delegación perfecta (art. 1275 del Cód. civ). Por consiguiente, no cabría oponer delegación perfecta y novación por cambio de deudor; la diferencia que debe señalarse está entre la expromissio y la delegación perfecta, pues ambas son categorías de novaciones por cambio de deudor".

(182) Cfr. Colin y Capitant, op. cit., p. 218; Mazeaud y Mazeaud, op. cit., pp. 467, 484 y 485; Sancho Rebullida, op. cit., p. 144.

En cuanto a la objetiva, se admite por cambio de objeto, de causa y de las modalidades de la obligación, cuando se agrega o suprime una condición que sustituye a la obligación antigua por una nueva (183). Aunque, como antes dijimos, existe absoluta preponderancia por el *ánimus novandi* para determinar la existencia de la novación, sin embargo, se hace resaltar grandemente en este tipo el requisito del *aliquid novi* a fin de que la novación sea además válida. Es decir, a pesar de que las partes hayan declarado expresamente hacer novación en el nuevo compromiso, "es necesario para que la novación sea válida, que este acto contenga alguna cosa diferente de la que se ha contratado por la primera obligación" (184). No obstante, pese a las críticas que se le han formulado a la novación como institución (185), la doctrina se ha mostrado partidaria en admitirla como único procedimiento viable cuando se quiere cambiar el objeto o la causa (186) llegando a diferenciarla incluso de la dación en pago, a la cual considera no como una sub-especie de la novación, sino como una institución independiente en la que no hay verdadera creación (187). Y, es que la trascendencia que le atribu

(183) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, Ibid., p. 465.

(184) Pothier, op. cit. p. 370; además Cfr. Carbonnier, op. cit. p. 222 quien se pronuncia por limitar la novación al *aliquid novi*, la transformación de la relación de obligación; Josserand, op. cit., p. 707, en igual sentido, manifiesta que se precisa del *aliquid novi*.

(185) Véase, supra nota 180.

(186) Cfr. Carbonnier, Ibid. p. 223. que afirma que el cambio de causa no lo es de ésta en sentido técnica, sino de la causa eficiente o fuente de la obligación; Colín y Capitant, op. cit. pp. 211-212; Planiol, supra nota 180, es totalmente anticausalista, al señalarla como inútil y falsa.

(187) Cfr. Carbonnier, Ibid. pp. 219-220; Mazeaud y Mazeaud, op. cit. p. 464; contrariamente, Planiol, M. y Ripert, Tratado elemental de Derecho Civil (Ed. Cajica, trad. de la 12ª ed. fran

ye la doctrina en la actualidad obedece especialmente a la unidad inseparable de su doble efecto por un lado, de ahí que "la novación por cambio de objeto o de causa se practica con frecuencia para modificar, entre las mismas partes, el objeto o la causa de la obligación, sin estar obligadas a proceder sucesivamente a una extinción y a una creación de obligaciones" (188), y por el otro, a la separación absoluta que se da entre ambas obligaciones, pues, "la novación divisada desde una perspectiva pragmática, se asemeja bastante a un cambio de la obligación. Jurídicamente, sin embargo, es algo más grave que un cambio, pues entre ambas obligaciones, no hay discontinuidad, sino ruptura" (189) finalidades que no cumpla la dación en pago, ya que consideran, como efectivamente lo es, que no reemplaza una obligación por otra, como lo hace la novación, sino que solo atiende a la extinción de una obligación, cuyo cumplimiento ha sido modificado con el deseo de dar por terminado el vínculo obligatorio. Ahora bien, como la novación en donde realmente encuentra su existencia es sobre todo en el cambio de causa, "como fuente de la obligación, y en el tipo de prestación, en lo que no podemos estar de acuerdo es que la misma, dado el desarrollo actual del Derecho, se utilice para la simple modificación del objeto, que aunque si bien es cierto se introduce un elemento nuevo, en principio todos los demás elementos de la relación obligatoria y esta misma permanecen invariables, por lo que consideramos que a la legislación francesa le ha-

(cont. pág. ant.). . . cesa por José Cajica, México, 1945), VI, p. 339, sostiene que toda dación en pago implica, por tanto, aún - sin que las partes lo adviertan, una novación sobreentendida.

(188) Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 460.

(189) Carbonnier, op. cit. p. 218.

ce falta completar su evolución con una institución, de la cual carece, que permita sin recurrir al fenómeno novatorio, si no la transmisibilidad de los créditos, al menos la posibilidad de facilitar del cumplimiento de la obligación sin necesidad de que inmediatamente se tenga por extinguida la relación obligatoria; en otras palabras, es necesaria su actualización jurídica, estancada en viejos moldes de origen romano, en el sentido de que facilite a las partes una adecuada fórmula que, además de permitir una continuidad del vínculo que las une, les autorice a introducir cambios o modificaciones que hagan más viables la operatividad y el cumplimiento de la obligación aún cuando el cambio introducido implique una variación sustancial que a primera vista parezca que se trata de otra obligación (190).

(190) Pese a todas las críticas que se le han formulado a la disposición del artículo 1203 del Código civil español, hemos de declarar que la legislación francesa carece de una similar -- que permita siquiera la posibilidad de modificación de las obligaciones. Por ello es que creemos que el grado de evolución es mayor en el Derecho español, ya que adelantándose a la época y al modelo de su inspiración, ha dado origen, aunque todavía débilmente, a una nueva institución, que, aún a su edad, no ha completado su ciclo de consolidación. Siendo esa la situación de la legislación francesa, es indudable que el único mecanismo al cual puede echar mano la doctrina y la jurisprudencia es a la novación, por lo que pensamos que a esa ausencia se debe la importancia que se le atribuye a ésta, que comprende también a la subjetiva activa, aún cuando el mismo texto norma separadamente el pago con subrogación y la cesión de créditos. Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia francesas son los que han creado alrededor del Código Civil una especie de concha protectora que repele todas las posibles novedades jurídicas que la sociedad moderna impone, especialmente ahora, "que el nuevo derecho civil, para poder ser útil para la vida, debe facilitar el desarrollo de las fuerzas productivas actuales y por esto debe ser ampliamente -- orientado hacia exigencias económicas: Markovits, Inga, Il diritto civile tra socialismo e ideologia botghese nella Repubblica democratica Tedesca (Jovene editore, trad. della Scuola

C. - Italia

El Código civil italiano de 1.942, en el artículo 1.230, admite la novación objetiva, cuando las partes constituyen la obligación originaria por una nueva con objeto o título diverso. Para que el efecto extintivo se produzca es preciso la existencia de una voluntad extintiva que resulte de "modo no equívoco", o sea, que se requiere la presencia del *ánimus novandi* expreso (191).

Eliminó a diferencia del Código de 1.865, que la contenía la novación por cambio de acreedor y en la actualidad mantiene la subjetiva por cambio de deudor, según lo prescribe el artículo 1.235, que a su vez reenvía a las normas contenidas en el capítulo VI del Título I, Libro IV, que se refieren a la Delegación, la Expromisión y del Acollo (art. 1.268 y siguientes) (192).

(cont. pág. ant.) ... di perfezionamente in Diritto civile dell'Università do Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, Camerino, 1978), p. 11.

- (191) Se admite y reconoce también el *ánimus novandi* tácito, ya sea por que resulte, cuando la antigua y la nueva obligación se comparen, por incompatibilidad (Cfr. Miccio, op. cit. p. 296) per facta concludentia (Cfr. Torrente, op. cit., p. 417) o pueda estar implícito o deducirse de hechos unívocos (Cfr. Rescigno, Novazione cit., p. 435, y la jurisprudencia que cita en nota 8).
- (192) Cfr. preferentemente, Certad, Gastón, Breves apuntes en tema de sucesión en el débito (expropiación, delegación, "acollo"), en Revista Judicial, 1978, pp. 10 y ss. Torrente, op. cit. pp. 398 y ss. Trimarchi, op. cit. p. 589, nota 2, expresa: - "El artículo 1235, escrito en tema de novación, con su reenvío al art. 1268, parecería equiparar la novación subjetiva pasiva (en la cual una obligación se extingue porque a la deuda se sustituye una diversa relación continua con un diverso deudor. La doctrina moderna distingue en cambio las dos formas con las cuales se actúa la liberación del deudor originario: junto a la delegación novativa (sucesión particular en la deuda). También para la expromisión se distingue aquella novativa de la expromisión privativa, ambas con eficacia libe-

Según la doctrina italiana, el término novación hace referencia a dos conceptos distintos: a un particular tipo de efecto de cualquier acuerdo y a un particular tipo de acuerdo (193), prefiriendo ese primer modo de entenderla, aunque queda la consideración de que en la novación se vea un tipo de contrato caracterizado por el *ánimus novandi* que tiende a la sustitución directa de relaciones obligatorias (194), pero en donde no basta solamente la presencia del *ánimus* para conferirle el carácter negocial, sino -- que es necesario para que se verifique una mutación sustancial de alguno de los elementos que el artículo 1230 indica (195), esencialmente de absoluta importancia y no de los meramente accesorios que el artículo 1231 señala. Este nuevo y particular contenido, que hace diferir ambas obligaciones, no es otro que el *aliquid novi* (196), el cual por sí solo tampoco es suficiente para producir la --

(cont. pág. ant.)... ratoria; mientras con el *acollo* la liberación del precedente deudor se actúa de regla mediante la sucesión particular en la deuda (*acollo privativo*). La diferencia más notable entre la novación y la sucesión particular en la deuda se ve en tema de prescripción. Cuando la liberación de la vieja deuda acontece por novación, se da inicio a un nuevo término que será siempre de prescripción ordinaria decenal, mientras si acontece por sucesión particular en la deuda, la prescripción del viejo crédito se actúa con el cumplimiento del período de inactividad desde antes iniciado, de diez, - cinco, tres, etc., años, el cual es fijado por la ley en relación a la causa originaria de la deuda misma.

- (193) Cfr. Miccio, op. cit., pp. 296-297; Schlesinger, op. cit., p. - 354, dice que para que no asuma solamente un valor terminológico, el problema va planteado de modo diverso y notando -- como, cuando se hace referencia al plano de la *fatispecie*, por novación se entiende un tipo de contrato caracterizado del -- *animus novandi*, o sea del intento directo a la sustitución de relaciones obligatorias; mientras, que cuando se hace referencia al plano de la eficacia, por novación se entiende una doble vicisitud estintivo-constitutiva de una relación obligatoria.

novación; la expresión "en modo no equívoco" que contiene el artículo 1230, 2º, no debe interpretarse como que la declaración de voluntad debe ser expresa, sino que en el caso de novación tácita, el *ánimus* debe resultar del comportamiento concluyente de los sujetos, en donde además de éste, ocurre un *aliquid novi* que se refleja sobre la estructura material o sobre el régimen normativo de la nueva obligación (197).

Dispone la norma 1231 del Código Civil, que las modificaciones accesorias de la obligación no producen novación. Se consideran modificaciones accesorias inidóneas para tal finalidad, la expedición o la renovación de un documento, la adición o eliminación de un término y, por creación jurisprudencial, el agregado ó disminución de una garantía, el aumento del canon en la locación, la modificación convencional del precio de venta, la estipulación —convenida a fijar una modalidad diversa de ejecución de una obligación nacida de una sentencia, así como también la inscripción de un crédito en una cuenta corriente (cfr. arts. 1183 y 1823 del Cód. civ.) (198).

Los artículos 1231 y 1233 se encuentran íntimamente ligados

(194) Cfr. Barazzi, op. cit., p. 277; Buccisano, op. cit., p. 114; Codacci Pisanello, Giuseppe, Ampiezza del concetto di novazione, en Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1950, pp. 351 y ss.; Rescigno, Novazione cit., p. 435.

(195) Cfr. Rescigno, Manuale cit., p. 590.

(196) Cfr. Branca, Giuseppe, Istituzioni di Diritto Privato, (Zanichilli, Bologna, 6ª ed., 1975) p. 429; Buccisano, op. cit., 105 y ss.; Schlesinger, op. cit., p. 355, nota 5.

(197) Buccisano, op. cit., p. 110; Rescigno, Novazione cit., p. 436 y supra nota 72; contrariamente Cfr. Barassi, op. cit., p. 273.

(198) Rescigno, Manuale cit., p. 590.

y hacen referencia a la extinción, cuando la novación se produce, de las garantías y privilegios. El primero manifiesta que los privilegios, prendas e hipotecas del crédito originario se extinguen si las partes no convienen expresamente en mantenerlos para el nuevo crédito. El segundo, que si la novación se efectúa entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios, con efecto liberatorio para todos (art. 1300), los privilegios, prendas e hipotecas del crédito anterior pueden ser reservados solamente sobre los bienes del deudor que hace la novación (199).

El artículo 1234, prevee los casos en que la novación resulta ineficaz por inexistencia de la prior obligatio; o cuando deriva de un título anulable, es válida si el deudor ha asumido la nueva deuda conociendo el vicio del título originario (200).

Someramente descrita la novación en el Derecho italiano, la objetiva del artículo 1230, 1º, además de señalar los modos por los cuales puede operar, la define como la sustitución de la obligación originaria por una nueva con objeto ó título diverso. En el apartado 2º del mismo artículo, se requiere la existencia del *ánimus novandi* como fundamento de la eficacia novativa, que debe resultar de modo no equívoco. Indudablemente que el objeto lo constituye la prestación y el título se refiere a la causa, como fuente de la obligación, y al manifestar que deben ser diversos, otra cosa no quiere decir que tanto uno como otro deben diferir -

(199) Ver, sobre el tema, entre otros, Rescigno, Pietro, Debito - (Successione nel), en Novissimo digesto italiano, V. Torino, 1960, pp. 194, y ss. Barbiera, Lelio, Garanzia del Crédito e Autonomia privata, (Jovene Ed., Napoli, 1971), pp. 166 y 315.

(200) Sobre el tema, para todo, véanse, Schlesinger, Mancanza cit., pp. 360 y ss.; infra Cap. III, II. pp.

totalmente del elemento que sustituyen. Por otro lado, el *ánimus novandi* es el requisito esencial (201) para que el efecto extintivo se produzca, por lo que si las partes han decidido querer la novación, aún incluso por las modalidades accesorias que establece el art. 1231, cuando resulte de modo no equívoco, se puede obtener. Creemos que el art. 1234 contiene una grave imprecisión; la novación se obtiene en la medida en que exista una obligación, que, en realidad, es su fundamento. Cuando no exista una obligación ni siquiera puede hablarse de novación, porque esta opera sólo en base a la existencia de aquella. El artículo en cuestión debe entenderse referido a la nulidad de la obligación originaria (202), y de la cual deriva, lógicamente, la ineficacia de la novación a que hace mención, pues la ineficacia está condicionada a la nulidad, así como la invalidez a la anulabilidad o nulidad relativa, o bien entender, también, que el mencionado artículo quiso erigir como requisito, aparte del ya señalado, la existencia de una obligación válida para que la novación ocurra. De esta interpretación, sentimos preferencia por la primera, pues la segunda está implícitamente recogida en el apartado 2º del mismo artículo.

D. - Costa Rica

El Código Civil de Costa Rica, cuyo precursor es el Code Napoléon, en el Libro III, Título V, capítulo I, contempla y regula la novación.

El artículo 814 manifiesta que: "La novación se efectúa: 1º

(201) Cfr. Rescigno, Novazione cit., p. 437.

(202) Pugliati, Salvatore, voce "Animus", en Enciclopedia del Diritto (Giuffrè Ed., Milano, 1958), vol. II, p. 452.

Cuando, por cambio de objeto o por cambio de causa, se contrae una nueva deuda en sustitución de la antigua, que queda extinguida. 2º. Cuando el acreedor libra de su obligación al deudor, admitiendo un nuevo deudor en reemplazo del primero". Elimina, como se observa, la novación por cambio de acreedor, pues, "es más acertado, como lo hacen el Código alemán y el nuestro, no tomar en cuenta ese aspecto del asunto y considerar la especie a él referente, como cesión de crédito o como subrogación, según proceda. Por lo demás, la sola indicación que el acreedor hiciera para que otro reciba el todo o parte de lo debido, no significa novación, sino mandato" (203); separadamente, en el artículo 815 prescribe que la novación no se presume, sino, que es preciso que la voluntad de hacerla resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes "sin que exista lugar a dudas, porque en la duda, aún levísima, queda excluida la novación" (204).

La subjetiva por cambio de deudor, única que admite, puede darse mediante delegación o expromisión (205).

(203) Brenes Córdoba, Alberto, Tratado de las obligaciones y contratos (Librería e Imprenta Lehmann, 2ª ed., San José, Costa Rica, 1936) p. 217. El artículo 818 indica expresamente — que la modificación por cambio de acreedor no implica por sí sola novación.

(204) Sala Segunda Civil, Res. nº 69 de las 14, 15 horas del 6 de — abril de 1973.

(205) Afirma Brenes Córdoba, op. cit., nº 435, pp. 218 y ss. que — habrá "novación por cambio de deudor, siempre que el acreedor acepte que un tercero reemplace a aquel como obligado. Cuando esto ocurre porque sea el deudor quien presenta al tercero para que haga sus veces, se dice que hay delegación ... y cuando el deudor sustituto se ofrece espontáneamente, el caso es calificado de expromisión (promesa de sí mismo),

Como ya se vió, la novación objetiva se produce tanto por cambio de objeto como por cambio de causa y aunque el Código civil no señala expresamente los requisitos esenciales para que la misma deba considerarse tal, ha sido por declaración jurisprudencial que han venido a determinarse, indicándose que los mismos son: una obligación anterior; una obligación siguiente que se diferencie de la primera de modo que no pueda estimarse como una modificación de la misma; la capacidad de las partes contratantes interesadas y el *ánimus novandi* o sea la voluntad y acuerdo de extinguir la antigua obligación" (206). En realidad, la jurisprudencia costarricense, sobre el tema, aparte de escasa, no ha contribuido todavía a clarificar del todo el concepto de novación, ni mucho menos el de objeto (207). Para empezar, la definición que contiene el Código Civil sobre el objeto de la obligación es totalmente erra

(cont. pág. ant.)... siguiendo el tecnicismo del derecho romano". Por su parte, Certad, G. Brenes apuntes en tema de sucesión en el débito cit., pp. 20 y ss. dice: "la delegación, en sus dos formas (acumulativa y novativa) está expresamente regulada por nuestro Código civil. La novativa en los artículos 814 inciso 2 y 819 párrafo segundo; la acumulativa, en esta última norma solamente. Esto nos lleva a la necesaria conclusión de que, no obstante que el Capítulo I, Título V, Libro III de nuestro Código civil lleve por nombre "de la novación", no debemos entender que se trata de novación en su acepción técnico-jurídica (extinción-nacimiento), sino en el más amplio significado de cambio - objetivo ó subjetivo - en la relación obligacional", al tratarse dentro del mismo no solo la novación - producto de una delegación, sino también, de modo expreso, la delegación acumulativa".

(206) Sala de Casación, Sentencia de las 14, 10 horas del 26 de marzo de 1943, I Semestre, tomo único, p. 108.

(207) Sala de Casación, Sentencia de las 14 horas del 14 de enero de 1944, I, Semestre, tomo único p. 105, dijo: "La novación requiere para su existencia jurídica un cambio de objeto o - de causa o una expresa liberación del primitivo deudor".

da, y a la vez, fuente de serias dudas (208). Al contemplar en el capítulo de la novación la objetiva por cambio de objeto, la doctrina única tampoco ha sabido utilizar una terminología precisa — que aclare el punto, ya que afirma que "hay cambio de objeto cuando la cosa cierta y determinada que forma la materia de la prestación..." (209), aunque casi a renglón seguido, el ejemplo que expone al decir "... como si estando uno obligado a pagar una deuda con trabajo personal, se estipulara posteriormente que el pago se hiciera en dinero..." (210), es suficiente para entender que ese cambio lo es únicamente en cuanto al tipo de prestación. Lamentablemente, por el estado en que se encuentran redactados — tanto el artículo 629 como el 814, 1º y por la influencia de la antigua doctrina francesa, es lógico pensar que no se le puede exigir al ilustre tratadista patrio, una absoluta nitidez de conceptos, a pesar de que en el fondo de su exposición, entiende que el cambio de objeto, tal y como lo expresa el Código, lo es en el sentido de la prestación a que hace mención la norma primeramente señalada. Pero, al atribuirle al objeto el carácter de "cosa" y "materia" de la prestación, otro significado no puede tener que el de atribuirle en un primer plano, una esencia real o corporal, equiparando así el objeto de la prestación, sin indicar de que tipo, a las cosas — corporales o de existencia física. Y, en similar sentido lo da a entender la segunda norma indicada; sin embargo, la novación por cambio de objeto habrá de entenderse como "cambio de prestación" y no como cambio de una cosa corporal, que puede ser también objeto de la obligación, aunque para esta última variación, el núme-

(208) Véase, supra nota (8)

(209) Brenes Córdoba, op. cit., nº 433, p. 218.

(210) Brenes Córdoba, op. cit., nº 433, p. 218.

ro 818 del mismo texto que prevee que las modificaciones referentes al modo de cumplir la obligación no implican, por sí mismas, novación, se puede recurrir, porque la admite, a la dación en pago como un especial y atípico modo de cumplimiento, o a la simple modificación de la relación obligatoria, que facilita el cumplimiento de la obligación.

En cuanto a la novación por cambio de causa, se entiende, al igual que lo confirma la doctrina extranjera, lo es en el sentido de la causa eficiente de la obligación, es decir, "cuando la naturaleza jurídica de la deuda se modifica de tal suerte que se produce transformación completa del convenio. Así sucedería si habiendo una persona recibido cierta suma de dinero en depósito, se conviniere más tarde en que ella quedara en calidad de arrendatario. Entonces, a pesar de que el objeto de la deuda no ha variado, su elemento jurídico o, lo que es igual, el título en cuya virtud el obligado retiene la cosa ajena, es diferente, como diferentes son los derechos y obligaciones de las partes según se trate de un depósito o de un arrendamiento" (211).

La jurisprudencia, en iguales términos, se ha pronunciado; ha sostenido que "es también patente el error al determinar que es diferente la causa de la obligación. Cuál fue la causa positiva de la obligación de doña... consignada en el primer documento, ó sea por qué se obligó a pagar cuatro mil colones e intereses: sencillamente porque los recibió en arrendamiento, mediante interés; cuál fue la causa consignada en el segundo documento? la misma — pero no estipulando intereses" (212). "Si el ofendido permitió que

(211) Brenes Córdoba, Ibid., nº 434, p. 218.

(212) Sala de Casación, Sentencia, de las 14, 10 horas del 26 de marzo de 1943, cit.

el procesado, agente de ventas, pudiera descargarse de los saldos en descubierto que le resultaban de cada gira comercial, cancelando los mismos en un determinado porcentaje de las ganancias que le correspondían en calidad de comisión por las ventas futuras lo que se operó en cada rendición de cuentas fue una novación que trajo consigo el nacimiento de una deuda de otra naturaleza, pagadera con emolumentos futuros, de manera que tal morosidad en el pago de esa suma no logra configurar el delito de retención indebida" (213).

Singular importancia reviste el *ánimus novandi*, para que la novación se produzca. La manifestación de voluntad debe resultar claramente en y de los términos del nuevo contrato, según lo dice el artículo 815, por lo que creo que la misma debe hacerse en forma expresa, admitiendo dicha norma la llamada novación tácita, que se deducirá "de los hechos acaecidos entre las partes" y que se caracteriza, no por el cambio o elemento nuevo introducido en la nueva obligación, sino por la voluntad no manifiesta expresamente contenida en la conducta de las partes y reflejada en los actos que las mismas han motivado tendientes a tener por sustituida una obligación por la otra. Por ello es que consideramos totalmente errada la Sentencia del Tribunal Superior Civil de San José, que dijo que "la novación no se presume, no puede ser tácita sino expresamente consentida" (214), pues, contrariamente a lo que prescribe el artículo, la novación como institución se puede presumir, lo que no se puede presumir en ningún momento y --

(213) Tribunal Superior Primero Penal, Resolución nº 1827 de 26 de noviembre de 1973.

(214) Tribunal Superior Civil de San José, Resolución, nº 352 de 8,00 horas del 1º de junio de 1.977.

porque la ley lo prohíbe, es la voluntad de las partes y la intención de novar y extraer de ella, cuando realmente no lo han querido o no conste en los hechos entre ellas acaecidos, la novación. Ahora -- bien, sólo en la novación por cambio de deudor, la misma no -- puede ser tácita, porque se exige el consentimiento del acreedor y claro, es lógico que al faltar éste, es porque no se ha querido ni -- el efecto extintivo ni la liberación del deudor, por lo que, entonces, no puede nunca presumirse. Pero, es sólo en esta modalidad que la presunción no es adecuada para establecer la novación, por lo que de ahí la norma encuentre su sentido un tanto limitado o restringido al igual que lo tiene la novación tácita, para los casos de cambio de objeto o de causa. Si este, de acuerdo a los anteriores argumentos fue el criterio con que dicha sentencia se dictó, entonces su sentido es lógico y coherente, pero, si por ella ha de deducirse posteriormente, aunque la jurisprudencia no es obligatoria en Costa Rica, que no existe novación tácita, se incurriría en inobservancia -- de la ley, con razón suficiente para que prospere cualquier recurso, y se desconocería, sin atribuirle ninguna importancia, toda la -- última frase del artículo 815. En conclusión, el Código civil prevé y norma la novación tácita, limitada a los cambios de objeto o de -- causa de la obligación precedente.

Especial atención merece el requisito del *aliquid novi*, que -- en la doctrina patria no se ha establecido (215), como elemento productor de la novación. Es indudable que del *ánimus novandi* no pueda inferirse la existencia del elemento nuevo, porque éste se pre--senta en la obligación a través de una cierta materialidad, si es -- que así puede calificarse el cambio introducido en cuanto al objeto

(215) Véase, supra nota 205.

o la causa. Es normal que la novación, para que pueda tenerse como tal, mediante su efecto extintivo-creativo, aporte a la nueva obligación algo distinto que no tenía la precedente, pues, de lo contrario, si no lo hiciera, se desnaturalizaría por completo como institución, ya que no tendría ningún objeto extinguir una obligación y crear otra con el mismo objeto y la misma causa de la anterior; de ahí que, entonces, el *aliquid novi* más que exigirse como requisito es una función inherente al mecanismo y naturaleza propios de la novación, por lo que creemos que en la legislación costarricense al no exigirse como tampoco lo hace la jurisprudencia, es porque considera que no es necesario por estar absorbido dentro de la función que la novación cumple, ni es suficiente por sí mismo para determinarla.

Aunque la doctrina aislada nuestra habla de "incompatibilidad respecto a la coexistencia de prestaciones" (216), interpreta de la misma una forma de manifestación de la intención de novar que se infiere de la absoluta imposibilidad de coexistencia de dos prestaciones que son de distinta naturaleza; incompatibilidad que, a nuestro entender, se puntualiza solamente en el cambio de causa y no en el cambio de objeto, y de la cual ha de establecerse la presencia de la novación tácita, que más de esta clase podría decirse que es forzosa, pues el mismo autor dice que "si no la hubiera - la incompatibilidad- y el acreedor no expresare su voluntad de renunciar a la obligación originaria, una y otra subsistirán a la par, entendiéndose que el nuevo convenio sólo ha tenido por objeto mejorar la condición del acreedor proporcionándole mayores garantías" (217), situa

(216) Brenes Córdoba, op. cit., 4º 440, p. 221.

(217) Brenes Córdoba, Ibid., p. 221.

ción de coexistencia que es imposible cuando se cambia la causa, pero que es posible que ocurra en el caso por cambio de objeto, pues nada impide que una obligación simple se convierta en alternativa, y se tenga ya no una, sino varias prestaciones. Pero, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española, donde sí se encuentra expresamente mencionada la incompatibilidad, hasta qué punto pudiera afirmarse, en el Derecho costarricense, que la novación ha de operar a través de esta figura, cuando ni siquiera se menciona? En realidad, la novación tácita encuentra limitado su campo de acción únicamente a "los hechos acaecidos entre las partes", es decir, reviste siempre un elemento de subjetividad que depende de la voluntad de éstas, mientras que la incompatibilidad, si es que se puede afirmar su existencia en el Código Civil, tendrá que extraerse del artículo 814, 1º, con motivo del cambio de causa, que por sí misma no requiere ni voluntad expresa ni tácita, pues su propia transformación en otra no permite la coexistencia paralela de una obligación con dos causas diferentes.

El artículo 820 reza: "La novación hecha con el deudor principal libra a los fiadores; la hecha con uno de los deudores solidarios, libra a los codeudores respecto del acreedor. Los privilegios, prendas o hipotecas de la primera deuda no pasan a la segunda, salvo que el deudor y el dueño de la cosa dada en prenda o en hipoteca, en su caso, lo consientan expresamente". Es una consecuencia de la novación, por la desaparición de la antigua obligación, que los fiadores queden liberados de su responsabilidad, como también, que los privilegios, prendas o hipotecas se extingan. Pero no son todos los cambios introducidos los que libran automáticamente a los fiadores, sino aquellos contemplados en el artículo 814; y en cuanto a las modificaciones que se hagan en la relación obligatoria, concretamente las que atañen a la épo-

ca de cumplimiento de la obligación, la liberación de los fiadores, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1333, lo será mediante de manda al deudor para obligarle a que pague o a que los exonere de la fianza, cuando el acreedor le ha concedido alguna prórroga para el cumplimiento. En cuanto a la pérdida de los privilegios e hipotecas, observamos una mala redacción de la norma transcrita — que pueden inducir a error a todos los que superficialmente la ana lisen. En la excepción que prescribe, para la conservación de — esos privilegios e hipotecas en la nueva obligación, pareciera a — primera vista que son el deudor y el dueño de la cosa dada en prenda, quienes deben convenir el aseguramiento o la conservación de éstas, hecho que en la realidad práctica no ocurre así. Realmente tanto el deudor, si es el propietario del bien dado en prenda o hipoteca, como el tercero, si es él el propietario del bien que asegura la obligación del deudor, son quienes independientemente pueden convenir con el acreedor, o incluso que unilateralmente lo — consientan, en mantener la continuidad de los privilegios, prendas o hipotecas; de ahí que, entonces, esa "y" debe ser sustituida por una "o" exclusiva que aclare el significado de la norma, o bien, — que si darle ninguna importancia a esa conjunción, se entienda como antes se ha interpretado.

Finalmente, como los artículos 816 y 817 se pronuncian en cuanto a la subsistencia de la obligación originaria cuando la nueva ha sido declarada nula, y sobre la posibilidad de hacer novación en base a una obligación anulable o rescindible, con tal que sea — confirmada siempre que el deudor tenga previo conocimiento de los vicios que adolecía, consideramos conveniente dejar su análisis — para el momento oportuno, ya que los mismos son sintomáticos para todos los ordenamientos en los que todavía se conserva la novación, incluido el nuestro.

PARTE SEGUNDA

LA NOVACION OBJETIVA EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Tomando como punto de partida que el Código civil en el artículo 1.156 enumera entre los modos de extinción de las obligaciones la novación y la opinión de la doctrina en el sentido de que — cuando la desarrolla el texto en la Sección sexta, capítulo IV, título I, Libro IV, lo hace con una terminología vaga y ambigua (218) y no como una figura unitaria y cerrada, sino plural y abierta (219) en donde no implica necesariamente extinción de la antigua deuda — (220), como se desprende a primera vista del artículo 1203, que — "más parece referible a la modificación de la prior obligatio cuyo vínculo, alterado, subsiste, que a la extinción mediante creación de otra nueva en su lugar" (221), no nos es arriesgado afirmar que la llamada "crisis de la novación" tuvo un gran impacto en el legislador español, quien con gran visión futurista vió como paulatinamente iba decayendo en su uso el instituto y cómo, en su lugar, se hacía necesaria la creación de otra institución que en vez de sustituirla del todo permitiera y facilitara, mediante mecanismos menos obsoletos y rudimentarios, el cumplimiento de la obligación.

(218) Cfr. Cristobal-Montes, op. cit., pp. 1176-1177, supra nota - (127)

(219) Cfr. Castán Tobeñas, op. cit., p. 285, supra nota (25) y Núñez Lagos, op. cit., pp. 21 supra nota (97)

(220) Cfr. Cossio y Corral, La transmisión pasiva de las obligaciones cit., pp. 194-195, supra nota (130)

(221) Sancho Rebullida, op. cit., p. 158

Pese a que una parte de la doctrina española (222) no le ha — otorgado a esta nueva institución el lugar y la importancia que le corresponde, ya que toda su literatura continúa dirigida a la explicación y desarrollo de la novación, aferrándose todavía a los viejos moldes que la delimitaron en el Derecho romano y en el Derecho medieval tratando de resolver a estas alturas del progreso científico del Derecho una problemática establecida a nivel excepcional, según algunos (223), sin embargo, han sido muchos los autores que se han manifestado contra esa opinión minoritaria (224) aún cuando no le hayan prestado toda la atención que se merece, tal vez influidos por el rol jurisprudencial que en la mayoría de los casos la ha regalado a las condiciones secundarias o accidentales (225).

Y, es que todas estas argumentaciones de la doctrina parten de la incorrecta sistemática desenvuelta en el Código civil en la Sección "De la novación", llegando a producir ésta muchas veces una desconcertante tratativa que arranca de un simple título denominativo del cual se deducen una serie de conclusiones forzadas

(222) Véanse entre los más recientes: Cristobal-Montes, op. cit., quien propugna la exclusión de la mal llamada novación modificativa; Sancho Rebullida, op. cit., siente particular preferencia por la extintiva y todo su esfuerzo se encamina por atribuirle mucho más importancia, tratando de reivindicarla para su lugar correspondiente.

(223) Cfr., entre otros, Reyes Monterreal, op. cit., p. 604 y ss.

(224) Cfr. Pérez González y Alguer, op. cit., trad. y notas a Enneccerus, Kipp y Wolf; Albaladejo García, op. cit., II, I; Espín Cánovas, Manual cit., Hernández Gál, El ámbito cit., entre varios.

(225) Véase, infra núm. 2.

que abiertamente se oponen a la letra y al espíritu de la ley -
(226).

En realidad, la problemática que encierra la mencionada -
sección sexta del Código no es tan simple como muchos lo creen.
Las dificultades comienzan cuando se trata de establecer y de-
terminar lo más claramente posible qué situaciones importan no
vación y cuáles otras modificación; pensamos que mientras con-
tinúe usándose una terminología que no establezca la diferencia
entre ambos conceptos, sino que, por el contrario, se utilice -
indistintamente el término "novación" para denominar un hecho
que ni siquiera implique parte de ésta o se utilicen otros como
los de "propia" o "impropia", se continuará inmerso en una es-
pecie de círculo vicioso donde precisamente con dicho concepto
no se permite ni una terminología correcta ni mucho menos el -
desarrollo científico de una nueva institución que por todo el -
tiempo que tiene de existencia siempre se la ha visto más como
sub-especie de ésta que como entidad de efectos propios. Todo -
continuará en el mismo estado de las cosas actuales, las mismas
dudas, la constante imprecisión, el condicionamiento de una a -
la otra, mientras se siga gravitando alrededor de una institución
que tan independiente lo es como la otra y como la subrogación-

(226) Cristobal-Montes, op. cit., pp. 1176 y 1187, advierte que la
doctrina, lejos de desprenderse del defectuoso arrastre le
gal y en lugar de superar las fallas normativas, ha consu-
mado el desatino y hasta posiblemente ha dado carta de na
turaleza a una figura que nunca estuvo en la mente ni fue
querida por el legislador, dejándose obnubilar por unas im
precisas expresiones y por unos términos gratuitamente -
manejados, hasta el punto de querer edificar con tan ende-
bles elementos toda una nueva institución jurídica, sin --
arraigo ni valederos, cual es la llamada novación modifica-
tiva.- Sancho Rebullida, op. cit., p. 160, afirma que el Cód-
igo enumera y sitúa la novación como medio extintivo; la des
cribe como simple modificación; y la regula en posición es
corada.

contenida en la misma sección. El error, que efectivamente lo hay en el Código civil no se encuentra en las instituciones que prescribe, sino en haber clasificado varias bajo un mismo título que hace referencia concreta y específicamente a una de ellas, tal vez por continuar la misma secuencia expositiva que se inicia con aquella norma que ordenadamente establece los modos de extinción de las obligaciones. Indistintamente de cómo se denomine la sección, es lo cierto que en ella se localizan tres institutos con vida independiente y con efectos propios.

Para no caer precisamente dentro de ese círculo vicioso a que hemos hecho acotación, es que adoptamos desde ahora y para el resto de la presente investigación, los términos de novación y modificación, cuando a ellos nos refiramos, a fin de evitar dar por entendido que la novación reviste dos modalidades y que en cada una de ellas los efectos son distintos, pues aclaramos, sin ninguna alusión al Derecho histórico, que la novación es esencialmente sustitución mediante extinción y nada más.

1. - LOS ARTICULOS 1203 Y 1204 DEL CODIGO CIVIL

El artículo 1203 del Código Civil, que además de permitir en primer lugar la modificación de las obligaciones, establece, con excepción del inciso 3º, los elementos a través o sobre los cuales la novación se puede producir. Dejando aparte por ahora toda referencia a la modificación, dichos elementos, según los números 1º y 2º, son la variación del objeto y las condiciones principales y la sustitución del deudor. Pero, para que la novación tenga lugar es necesario, cuando opera concretamente en la sustitución de dichos elementos de la obligación, el concurso del artículo 1204, a fin de que su efecto extintivo, que por sí mismo no existe en el otro numeral, y no sólo éste, pueda cumplirse. En similares palabras se ha

ha expresado Díaz Pairó, cuando afirma: "No creemos que el cambio en el objeto lleve necesariamente a la novación, como algunos sostienen amparándose en el citado artículo 1203, porque para --ello es menester, como declara terminantemente el artículo 1204, que exista la voluntad de novar... " (227), más no compartimos en absoluto el razonamiento de Cristóbal-Montes por encontrarlo muy simplista y falto de visión, pues no por el hecho de que si la sección del Código se denomina "De la novación", todos los supuestos que dentro del mismo se exponen tienen que implicarla (228); igual razonamiento sería aplicable a la subrogación que entonces habría que llamar "subrogación novativa", concepto que no viene al caso clarificar.

No hay duda que el citado autor ha incurrido en una grave petición "de principio" (229), pues con gran miopía y demasiada ligereza científica establece una conclusión totalmente contraria a toda una realidad jurídica. Por el contrario, son más coherentes y lógicas las argumentaciones de Clemente de Diego y Navarro de Palencia, donde, después de indicar que la modificación es el género y la novación la especie, manifiestan que si la modificación --puede afectar a cualquiera de los elementos de la obligación, "el --Código sólo tiene en cuenta los personales de acreedor y deudor y

(227) Op. cit., p. 116, supra nota (67)

(228) Op. cit., p. 1206, expresa que el artículo 1203, diga lo que diga, se exprese como se expresa, nunca puede referirse, en una visión racional sistemática del mismo, a la modificación de las obligaciones, porque pertenece a una sección que se intitula "De la novación" y la novación ha sido calificada por el propio legislador como modo de extinguir las obligaciones y en ninguna forma como mecanismo modificador de las mismas"

(229) Sancho Rebullida, op. cit., p. 407, nº 24.

el objeto, quizá, por que sean los más adecuados para producir una novación en sentido técnico y con efecto extintivo" (230).

Es necesario, entonces, para determinar el ámbito estricto de la novación, que en su modalidad objetiva se extrae del artículo 1203, 1º, que no esté ausente alguno de los requisitos que indica el artículo 1204, aunque no es necesario que ambos concurren a la vez; previo examen de ellos, conviene desentrañar, clarificar y delimitar la arcana redacción que encierra la primera norma indicada.

A. - LA VARIACION DEL OBJETO Y LAS CONDICIONES PRINCIPALES

A este grado de evolución de la doctrina y jurisprudencia españolas, no hay duda alguna que la novación objetiva comprende, en primer lugar, el cambio del objeto de la obligación y de las condiciones principales. Si es cierto que el artículo 1203, 1º, no menciona la novación, como bien lo indica Albaladejo, ella "es admisible (principalmente, argumento ex artículos 1156, 1204 1207 y 1525)" (231).

Al igual que como ya hemos dicho en líneas precedentes, la novación por cambio de objeto puede ocurrir por la variación que se haga en el tipo de prestación de la obligación precedente, pero no en el cambio que las partes efectúen del objeto material de la prestación de dar, cuando éste lo es también de la obligación, sin que necesariamente de dicha variación, por sí sola, -

(230) Clemente de Diego y Navarro de Palencia, Efectos novatorios de un contrato cit., p. 480, supra nota (32)

(231) Op. cit., p. 267.

tenga que resultar la novación, y es que, vemos incluso también, de acuerdo a la letra de la norma, a la realidad práctica y a la lógica de la razón que la misma variación de la clase de prestación forzosamente no tiene por qué resultar novación si las partes no han tenido voluntad en producirla.

Advertimos desde ahora, aunque sólo sea de modo indicativo, pues más adelante ahondaremos sobre ello, que la novación tácita en este particular caso es imposible.

El resultado jurídico que se obtiene del cambio efectuado no se opone para nada a que el mismo se vea como una simple modificación que, operada sobre la prestación de la obligación, hace que los sujetos asuman una conducta distinta con relación a la misma obligación. Por otro lado, si el cambio del bien material no produce novación, tampoco debe afirmarse que la voluntad de las partes queda excluida por el hecho de que puede estarse frente a otra institución, pues al amparo del artículo 1255, ellas son del todo libres de considerar que el pacto modificativo efectuado sea tenido como novación, siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

Entonces, el cambio del tipo de prestación, supone novación, cuando "a) existe *ánimus novandi* expreso, la eficacia de la voluntad privada no encuentra aquí obstáculo alguno; b) cuando la voluntad de las partes estaba dirigida a la mera modificación pues este querer de las mismas no puede, como tal y en presencia de una alteración tan esencial, perjudicar los intereses de terceros y porque así se deduce del artículo 1203, 1º...; en cambio, como voluntad del resultado querido y jurídicamente valorado, constituye *ánimus novandi*; y c) cuando no existiendo voluntad manifiesta, la segunda obligación -- prestación del servicio -- sea incom-

patible con la primera -- pago de cantidad --, por tener ambas prestaciones la misma causa -- contraprestación, ánimo de liberalidad-- en otro caso, no se produce novación sino acumulación" (232). Pero, excluyendo de las anteriores reglas calificativas de novación -- objetiva la a), que no ofrece mayor duda, y la c), que lo es para los casos de incompatibilidad, vemos que la b), en sus dos enunciados, ofrece alguna polémica que es necesario afrontar. Partiendo de que el autor indica de que se "supone" la novación, creemos que por -- esencial que sea la alteración, si la voluntad de las partes estaba dirigida a la modificación, aunque se perjudiquen intereses de terceros, deberá continuarse respetando dicha voluntad, pese al cambio, pues otro no es el resultado querido por las partes, las únicas autorizadas para darle una calificación de modificación o novación al -- pacto llevado a cabo. Aparte de esto, no toda voluntad del resultado querido y jurídicamente valorado constituye *ánimus novandi*, que es esencial sólo a la novación; esa voluntad y resultado puede estar dirigida a otro tipo de *ánimus* (233), que se extraerá del comportamiento externo de los sujetos como manifestación de una voluntad y un consenso previamente acordado. En consecuencia, pensamos que esta segunda regla, que tiene su fundamento en una doctrina jurisprudencial que luego estudiaremos, es impropia para determinar la novación objetiva, ya que incurre en la misma ligereza con que el -- Tribunal Supremo calificó aquellos casos que luego sirvieron para edificarla (234).

(232) Sancho Rebullida, op. cit., p. 378.

(233) Véase por todo, Pugliati, voce "Animus" cit. supra nota (202)

(234) Citadas por Sancho Rebullida, Tribunal Supremo, Sentencias de 9 de abril 1947, 5 abril 1948 y 20 mayo 1946, a pp. 229 y ss. y 240-241, respectivamente.

Se ha cuestionado por la doctrina cuáles son las condiciones principales y por qué esta principalidad si el precepto efectivamente se refiere a la simple modificación" (235).

El término "condiciones" debe entenderse "en un sentido lato comprensivo de cualquier estipulación de importancia decisiva" (236) ; es decir, no son aquellos elementos que se relacionan sólo con la forma de cumplimiento o con los derechos accesorios. Importa que los mismos sean principales para producir novación. Lo que interesa es que la modificación puede hacerse no sólo sobre determinados elementos, sino sobre todos los objetivos que quieran encontrarse en la obligación. Eso así, para la novación, no son todos los que la llegan a producir, sino los que por la ley se encuentran clasificados por su nota de principalidad. En definitiva, dentro de esas condiciones a que alude el Código, — se encuentran "el lugar, el modo de cumplimiento de la obligación el pago de intereses, la adicción o sustracción de garantías, el — plazo" (237), "el objeto, la cuantía y la misma cláusula penal" — (238), etc. Aunque ya esté mencionado el objeto en la misma disposición normativa, el mismo se considera condición de la obligación, para efectos novatorios, no sólo como prestación, sino también como bien material, todo dependiendo, en esta última atribución, de la voluntad de las partes principalmente, aún cuando sea cuestionable por la misma modificación y por la dación en pago.

Ahora, conociendo cuales pueden ser esas "condiciones" que pertenecen a la obligación, cabe preguntarse cómo se de

(235) Sancho Rebullida, op. cit., pp. 164-165.

(236) Espín Cánovas, op. cit., p. 156.

(237) Castán Tobeñas, op. cit., p. 356 y ss.

(238) Hernández Gil, op. cit., p. 800.

termina la nota de principalidad que tienen algunas de ellas?, y - cómo debe interpretarse ésta?, pues como dice Hernández Gil, - "persevera en la idea de que la modificación determinante de la - novación de igual nombre tiene que ser accidental y ni siquiera en la discriminación concreta de lo accidental y lo esencial o sustancial hace gala de un criterio generoso" (239). Pero como aquí lo que interesa sobre todo es la principalidad para efectos novato- rios, es posible determinarla en todos los elementos de la obliga- ción, recurriendo obligatoria y necesariamente a los artículos - 1204 y 1255 del Código Civil, éste último en cuanto prescribe que los contratantes pueden establecer los pactos, convenciones y con- diciones que tengan por conveniente.

De acuerdo a las palabras de Sancho Rebullida, será - la voluntad de las partes la indiciaria de la principalidad de lo al- terado (240). Por otra parte, Castán Tobeñas establece que no só lo debe estarse a la naturaleza de la cláusula modificada, sino tam- bién a la voluntad de las partes y a la significación económica (241) En realidad, no puede haber duda, como lo indica Sancho Rebulli- da, que todo es puro casuismo, "para decidir si se trata de condi- ciones principales", no de si significa novación o modificación... " (242), porque en verdad, la principalidad, fuera de referirse a -- los elementos estructurales de la relación obligatoria, no puede - verse si no es en cada caso concreto no tanto por la significación económica, sino por la voluntad de las partes de quererle o consi- derar más importante que otros alguna de las cláusulas que han in

(239) Op. cit., p. 804.

(240) Op. cit., p. 379.

(241) Op. cit., p.

(242) Op. cit., pp. 380-381.

troducido o algún elemento que, inherente a dicha relación, ocupa o tiene especial atención en relación con el cumplimiento de la obligación.

Determinada, entonces, la principalidad de las condiciones a través de criterios objetivos y subjetivos, la novación se obtiene, en las principales subjetivas y objetivas mediante la declaración terminante, y en las principales objetivas, a falta de esa declaración expresa, por la incompatibilidad, limitada, a nuestro entender, preferentemente sólo al cambio de causa, aunque no sea absoluta la afirmación, que es dentro de "esas condiciones principales" que enuncia el artículo 1203, 1º, un elemento objetivo de la relación obligatoria. Como resultado inequívoco, la principalidad no establece la novación en forma tajante, ésta se llega a lograr por la voluntad de las partes, sólo en las condiciones de carácter principal, cuando se declare expresamente, o, cuando en las principales objetivas, haya manifiesta incompatibilidad. La principalidad de las condiciones o elementos que acompañan y estructuran la relación obligatoria no ha sido indicada, cuando se establezca en los casos concretos, en el Código civil exclusivamente con miras a una permitida modificación, sino también además establecida para que sólo ella sea causativa de la novación, es decir, que señala la principalidad de las condiciones, la novación tendrá que excluirse en todos los casos en que la variación afecte condiciones secundarias (243). Aunque a pesar de que esta conclusión pueda —

(243) Cfr. Cristobal-Montes, op. cit., p. 1209: "Si se mutan las -- condiciones principales habrá novación; si tan sólo se alteran las condiciones secundarias, por más que haya *ánimus novandi*, no tendrá lugar la novación, porque la ley viene a establecer un límite a la operancia de dicho *ánimus*, en el -- sentido de que sólo cabrá hablar de nueva obligación cuando el cambio de contenido operado respecto a la prior obligatio sea de determinada entidad o importancia".

decirse no es absoluta, es también en cierta medida relativa conforme a la amplitud de criterio del artículo 1255, ya que las partes no se encuentran limitadas para nada en querer la novación — incluso por las condiciones secundarias, pero, si creemos que esa indicación que contiene el artículo 1203, 1º, es en cierta medida — limitativa de la novación y del *ánimus novandi*, no de la voluntad — en general, pues si el legislador ha indicada esa principalidad fue porque quiso que el ámbito del instituto no fuera del todo lo suficientemente amplio para que cualquier variación o sustitución fuese tenida productora del efecto extintivo. Esta limitación que existe en el Derecho español, se palpa más fácil y claramente de un — profundo análisis del artículo 1204, en sus medios productores de novación.

Expuesta así nuestra opinión, la doctrina ha llegado a conclusiones muy diferentes en su intento de explicar toda la problemática que encierra el artículo 1203, 1º. La antigua doctrina entra al análisis por la vía más fácil y sin mucho esfuerzo declara existente la novación por la simple variación del objeto de la — obligación, "o sea la cosa que se debe entregar o el hecho que ha de realizarse, para comprender en lo que consistirá la variación del objeto constitutivo de la verdadera y propia novación" (244). Sin embargo, más acordes con nuestra concepción se muestran por un lado Manresa, cuando dice, refiriéndose al artículo 1203, que — el precepto no excluye los pactos que se refieren a las condiciones secundarias, por lo que a ellos no se les puede atribuir la — fuerza y la importancia de una novación, ya que se cumplirán como meros convenios adjuntos al principal que sirven para modifi—

(244) Mucius y Scaevola, op. cit., p. 1037, supra nota (113)

car a éste en lo que lo comprendan, por no producir la extinción de la obligación antigua (245), y por el otro, Díaz Pairó, quien afirma, contradictoriamente, en primer lugar que el Código ha querido excluir el pensamiento de que los cambios que no afectan al vínculo en sí mismo, sino que se relacionan sólo con la forma de cumplimiento o con derechos accesorios, puedan estimarse — como base para dar realizada una novación (246), aunque luego aludiendo ya concretamente a las condiciones carentes de principalidad, no encuentra obstáculo en admitirla, "en virtud de la — autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255) y de la regla del art. 1204" (247).

En la reciente doctrina, Sancho Rebullida ve en toda alteración del objeto o las condiciones principales novación; manifiesta que del artículo 1203, 1º, surge una limitación objetiva ya que si se varía el objeto o las condiciones principales, con — relación a terceros, aunque entre las partes se tenga como modificación, la obligación resultante de la alteración deberá reputarse obligación nueva, estableciendo dos caminos para llegar a determinar el *ánimus novandi*, "mientras el cambio no sea tan exíguo que a ello se oponga (al menos frente a terceros) la naturaleza de las cosas", a) en base a los criterios del art. 1204, en donde la voluntad de modificar cuando está dirigida al resultado económico de la convención, se valorará como *ánimus novandi* — expreso; o, b) ya no en base al art. 1204 "(que solo resuelve la tensión novación—acumulación cuando lo variado sea el objeto ó

(245) Manresa y Navarro, op. cit., p. 419, supra nota (73)

(246) Op. cit., p. 116

(247) Díaz Pairó, Ibid., p. 120.

las condiciones principales), sino en base a los criterios, más flexibles y prácticos, de los arts. 1255 y 1281 y siguientes" - (248). Es decir, para la variación de todo el objeto o las condiciones principales se impone la novación en base al art. 1204, pero cuando la variación sea de una parte del objeto o las condiciones secundarias, la indagación del ánimus se hará en los arts. 1255 y 1281 y siguientes. No creemos convenientes hacer esta distinción y dejar en ciertos casos olvidado el artículo - 1204 que es el único en el texto que hace expresa referencia al ánimus novandi, como tampoco compartimos, por otro lado, que la voluntad de modificar, en base a un simple resultado económico, se considere ánimus expreso, pues otra cosa no se hace que restarle eficacia y voluntariedad a un elemento que se encuentra plenamente reconocido por la ley. La determinación del ánimus novandi debe hacerse, en todos los casos, fundamentándose en el artículo 1204 solamente, y aunque la variación sea total o parcial del objeto o que abarque a las condiciones principales, si no se tiene en cuenta, por más que se quiera ver rovación aún cuando la alteración en su sentido económico sea - exorbitante, ésta no podrá establecerse si no existe al menos - el menor indicio de la voluntad dirigido a tal finalidad. Dicho - artículo es la base de la existencia de la novación y en ningún otro se puede buscar la voluntad novativa, por indicarla expresamente en uno de sus dos modos causativos. Albaladejo, partidario de la modificación de las obligaciones tanto en las condiciones principales y secundarias, expresa que para que haya novación "es preciso que la voluntad de las partes haya sido - extinguir la obligación precedente" (249), o que el cambio in-

(248) Op. cit., pp. 360, 377 y 378.

(249) Op. cit., p. 496, supra nota (46)

roducido sea de todo punto incompatible con la subsistencia de la obligación antigua (250). Establece que puede haber novación en las condiciones secundarias, y aunque el Código no las contempla, no se puede decir, porque la lógica lo desecha, que no produce novación (251). El enfrentamiento a esta tesis, en defensa de la nuestra, nos lleva a considerar que el artículo 1203 1º, es limitativo de la voluntad de las partes para efectuar la novación (252), puesto que si indica en términos generales que "las obligaciones pueden modificarse", en dicha expresión no otra cosa quiere manifestar que cualquier variación de la naturaleza que sea en todos los elementos de la relación obligatoria se puede llevar a cabo; pero, como para los efectos de la novación dicha norma no hace ningún tipo de mención de ésta, la -- principalidad que señala para algunos de ellos ha de entenderse solamente causativa de ésta, pues si el legislador no hubiera tenido en mente limitarla simplemente le habría resultado más fácil no indicar sobre cuales elementos podía producirse la novación. La exclusión de los elementos accesorios de la novación se deduce de la primera parte del artículo 1207 y de la disposición del artículo 1212. El primero habla de "obligación principal" y de subsistencia de las obligaciones accesorias, con lo -- que se quiere decir que la novación no lo es para todos los elementos de la obligación; con el segundo, se afirma la permanencía de los elementos accesorios y su inextinguibilidad. Enton--

(250) Op. cit., II, II, p. p. 278-279.

(251) Op. cit., p. 279

(252) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 377, que ve la limitación a la autonomía de la voluntad en orden a la simple modificabilidad objetiva de la obligación.

ces, indicando el 1203 sobre cuáles elementos podrá efectuarse la novación, el 1204, por un lado, tendrá su aplicación mediante declaración terminante o incompatibilidad únicamente en aquellas condiciones que revistan nota de principales, y por el otro, al es tar limitada la novación a condicionados elementos, la voluntad autónoma de las partes expresada en el art. 1255 igualmente es tará también limitada y supeditada al alcance indicativo del art. 1203, sin poder transgredir dichos límites, en base a la misma limitación que dicho precepto impone de que los pactos no deben ser contrarios a las leyes. Finalmente, pareciera que Cristobal Montes (253) sustenta una tesis muy similar a la nuestra en el sen tido de que llega a determinar la novación sólo para las condiciones principales, pero falla, según lo entendemos, porque no admite la modificación de las obligaciones. Sin embargo, la no novabilidad de las condiciones secundarias la proclama por la ca rrencia en el cambio de una cierta entidad e importancia; es decir que el aliquid novi introducido debe ser de una magnitud tal que sólo corresponda a las condiciones principales o a cualquier otro cambio significativo. Pero, aparte de eliminar la modificabilidad señala que toda alteración de las condiciones principales entraña novación; situación que de ser así hace ineficaz e innecesario el artículo 1204, y le cancela todo fundamento y vigencia al 1255 con relación a ésta y aquella materias.

B. - EL ANIMUS NOVANDI

El artículo 1204 del Código Civil es indicativo del án animus novandi cuando para producir la novación es necesario que

(253) Op. cit., véase supra nota (243)

se declare expresamente, o se deduzca, según algunos autores, de la incompatibilidad entre ambas obligaciones.

Por ahora, nos interesa conocer su modalidad en --
cuanto a la declaración expresa (254)

El *ánimus novandi* es el requisito básico y caracterizador de la novación (255) y en su forma de declaración expresa se dirige a sustituir una obligación por otra (256), siendo su efecto, en su ausencia, el nacimiento de una segunda obligación que subsistirá junto a la primera (257), eso sí si tampoco no existe, por otro lado, ánimo de cambio, pues de lo contrario subsiste la misma obligación pero modificada, sin otra nueva paralela a ella

El efecto propio y singular es la extinción de la antigua obligación cuando es patente en las partes llevar a cabo la --
sustitución. Si el artículo 1204 exige que se declare expresamente o terminantemente es porque quiere evitar por una parte la --
presencia de presunciones y, por la otra, "eliminar aquellos modos de exteriorización de la voluntad que, siendo suficientes para producir efectos jurídicos, no lo son cuando se puntualiza que la declaración sea terminante" (258), ya que si la novación implica extinción, la misma declaración hace prueba de que no sólo --
ese efecto se ha querido, sino también, además, se ha buscado --

(254) Téngase como referencia lo dicho en la parte general, supra núm. 2, A.

(255) Cfr. Cristobal-Montes, op. cit., p. 1208.

(256) Hernández Gil, op. cit., p. 799

(257) Cfr. Albaladejo García, Instituciones cit., p. 489, Sancho Rebullida, op. cit., p. 349.

(258) Hernández Gil, Ibid., p. 799.

la creación de otra obligación que sustituya a la precedente (259)

Siendo, entonces, el *ánimus novandi* el requisito fundamental de la novación, la manifestación concreta de la voluntad tendiente a conseguir el efecto inseparable extinción-creación, no puede haber duda alguna que como tal sólo encuentra su justificación y validez por todo el tiempo que el instituto se tenga en la legislación como modo extintivo de las obligaciones. A esto se debe que no compartamos en absoluto la opinión de Sancho Rebullida, — por parecernos ilógica y desligada del efecto extintivo, cuando — sostiene que "el *ánimus novandi* no tiene porque ir dirigido a la novación como mecanismo técnico, como efecto jurídico; como cualquier consentimiento negocial se dirige a los presupuestos económicos y sociales que lo determinan; las partes cuando cambian el objeto entero de la obligación, lo que quieren es esto: cambiar el objeto debido A, por un nuevo objeto B; pueden, incluso, querer que no haya novación; sin embargo, la novación se produce no — "sin" o "contra" el consentimiento de las partes, sino en base a la existencia del *ánimus novandi*, la voluntad de alteración esencial" (260). El *ánimus* es inseparable de la novación y ésta precisa del mismo, sólo ella, para que su efecto extintivo-creativo se produzca, y la sustitución de una obligación por la otra se tenga efectuada. Así, es difícil conciliar la idea de concebir el *ánimus novandi* no dirigido a la novación como mecanismo técnico y de en

(259) Cfr. Reyes Monterreal, op. cit., p. 607, quien dice que para que haya novación extintiva será preciso para quien la invoque que acredite que hubo un pacto expreso en que así se declaró, con el consiguiente y preciso ánimo de novar, porque si la novación implica extinción es lógico que se pruebe que la misma voluntad que se necesitó para crear concurre para extinguir.

(260) Sancho Rebullida, op. cit., p. 348.

tenderlo como voluntad de alteración esencial. A nuestro entender, ni una ni otra cosa son ciertas; si verdaderamente el ánimus novandi no estuviera dirigido a la novación, entonces, cualquier alteración negocial es productora del efecto jurídico que le es propio a ésta, sea la sustitución mediante creación, sin necesidad por ello de que concurran el efecto extintivo y la misma voluntad de las partes cuando concreta y específicamente se encamine a querer dichos efectos. Tampoco puede ser atribuible, como consentimiento, a presupuestos económicos o sociales, los cuales en ningún momento serán idóneos para producir efectos jurídicos, si se les mira a éstos últimos como resultado obtenible de dichos presupuestos. Los presupuestos económicos o sociales producirán efectos de la misma naturaleza de ellos, así como por su lado lo hacen los jurídicos. Distinto es si tomando como substrato un presupuesto de estos últimos, la voluntad de las partes reviste un interés económico o social del que se podrá obtener un efecto jurídico que tutele y proteja dichos intereses que los sujetos han querido conseguir; pero, a nivel dogmático, es imposible aceptar que los condicionamientos económicos o sociales por sí mismos necesariamente sean formas de consentimiento negocial, pues muy diferente es si "en la visión inmediata de las partes, en la consideración pragmática del negocio, se tengan en cuenta de manera fundamental los intereses o efectos económicos del mismo; pero en cuanto tales efectos se logran mediante la conclusión de un determinado negocio jurídico es obvio que el consentimiento negocial, en cuanto elemento esencial del negocio, no puede estar dirigido sino hacia la obtención de los efectos jurídicos propios de éste" (261).

(261) Cristobal-Montes, op. cit., pp. 1200-1201.

La asimilación que hace aquel autor del animus novandi como voluntad de alteración esencial no es correcta. Equipararlo al cambio introducido es obstaculizar la realización de la modificación de las obligaciones y subordinar a ésta solamente a las condiciones accidentales. Pero, aparte de ello, el ánimus es más que alteración, es sustitución de una obligación por otra donde previamente la voluntad consentida de las partes se dirige a la extinción de una y a la creación de otra. Ni aún en el caso de la incompatibilidad la alteración es productora de la novación si antes de ella no existe al menos una mínima intención y manifestación de la voluntad de las partes de querer continuar vinculadas en otra relación obligatoria nueva que sustituye a la anterior. Más que un mero cambio material y más que un querer mutar la estrutura de la obligación, el ánimus es el reflejo de un sentir subjetivo, es la intención que se exterioriza de distinta forma dirigida a producir los efectos de un negocio jurídico acordado entre los mismos sujetos. Si se asemeja a una alteración esencial, el cambio es insuficiente por sí mismo para que los efectos del contrato novativo se tengan por realizados, aunque como es ciertamente conocido que para que efectivamente pueda haber novación, en su sentido moderno, se requiere exista un cambio efectivo en alguno de los elementos de la obligación que, a nuestro gusto, debe ser solamente esencial o principal (262); dicho cambio o alteración esencial necesita completarse y complementarse con la voluntad extintiva- creativa como con el requisito sustitutivo toda vez

(262) Cfr. la anterior interpretación que hemos deducido del art. 1203, en supra I, 1, A, así como la cita que hace Reyes - Monterreal, op. cit., p. 603, de Goirgi, en donde manifiesta que siempre será preciso para la novación, en su sentido moderno, una alteración o cambio esencial en la obligación.

que el contrato se quiera eficaz y como tal, aún cuando en los casos de ausencia de declaración expresa, por incompatibilidad, pareciera que el *ánimus novandi* -- voluntad de extinción y sustitución por otra nueva -- asume una mayor corporalización al manifestarse a través de un determinado elemento ú objeto.

Ha existido desacuerdo en cuanto a si la declaración expresa debe ser indicativa de la palabra novación, o, si por el contrario, sólo basta que en el nuevo contrato la intención de las partes sea manifiesta en una forma clara y no ambigua. Partiendo de la literalidad de la norma, dicho precepto es imperativo y pareciera que al menos ha de constar expresamente en el nuevo contrato que la precedente obligación ha quedado extinguida, a fin de que la sustitución por la otra se tenga operada, cuando las partes son conocedoras de que este requisito formal es exigido y su intención se encause a lograr esos efectos. Si bien se ha argumentado por algunos, con razón, de que no es necesario que en los términos del nuevo contrato se haga expresa referencia a la novación (263), sin embargo, Cristobal-Montes sostiene que "en el Derecho moderno, la novación no se presume, hay que quererla (y aún declararla terminantemente, según exige el artículo 1204 del Código civil español)" (264), tesis que no compartimos en cuanto hay que declarar la terminantemente, pues, además de recurrir a un formalismo innecesario y predicar algo que no expresa la norma, la declaración expresa a que alude el Código lo es de la existencia del *ánimus no*

(263) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 349, quien sostiene que si se empleara el término se caería en un formalismo más rígido aún que en el derecho clásico; Tribunal Supremo, Sentencias de 9 abril de 1953, citada por el mismo autor, 9 abril 1970, 29 septiembre 1973, 7 marzo 1978, entre otras.

(264) Op. cit., p. 1198.

vandi en cuanto voluntad extintiva como resultado obtenible es la sustitución de la precedente obligación por la que las partes originan posteriormente. Es en este sentido, entonces, que la declaración expresa debe verdaderamente plasmarse, como manifestación inequívoca de la intención de las partes cuando éstas han establecido que la alteración o cambio introducido sea novación.

La exigencia de la declaración terminante, según Hernández Gil, cobra el especial significado de concernir tan sólo a la novación extintiva, por lo que si falta la declaración terminante la novación podrá ser meramente modificativa (265); ahora bien podría suponerse que a falta de la declaración expresa la voluntad de las partes ha sido declarada en distinta manera de como lo exige la ley y con ello se obtenga el mismo resultado, sea la nova--ción, sin que necesariamente, entonces, se esté frente a una modificación. Suavizando la rigurosidad legal a fin de que el instituto responda a las exigencias actuales del tráfico jurídico, nos parece más aceptable la opinión de Albaladejo, cuando manifiesta - que "el artículo 1204 -- al exigir que "así se declare terminantemente" -- ciertamente que está pidiendo que conste con seguridad más ello no es sino para excluir que tal voluntad pueda inducirse de datos poco firmes, y no para hacer necesaria una declaración a propósito, especial y en términos contundentes" (266), pues -- aunque las partes sean conocedoras de tal exigencia, ello no significa que tengan que apegarse rigurosamente a la letra de la norma, ya que ésta lo que quiere dar a entender es que las presunciones no son admisibles y que la voluntad, dirigida a un resultado -

(265) Op. cit., p. 799.

(266) Op. cit., p. 266.

deseado, debe constar en términos no equívocos y ambíguos.

C. - LA INCOMPATIBILIDAD Y LA NOVACION TÁCITA

De acuerdo el artículo 1204 y para que los efectos de la novación solamente, la incompatibilidad es la otra manifestación del *ánimus novandi* (267), que a su vez da origen a la llamada novación tácita que ocurre cuando la intención de las partes no se ha declarado expresamente, según algunos autores.

Como única presunción admitida por el legislador español, no de la novación, sino del *ánimus novandi* (268), la incompatibilidad que siempre es productora de la novación, excepto en el caso de que el cambio atienda a las condiciones secundarias y resulta del enfrentamiento y comparación de la antigua y nueva obligaciones, como medio sustitutivo de ésta por aquélla, no requiere ninguna manifestación y presunción de voluntad extintiva, ya que se obtiene por la imposible coexistencia de las dos obligaciones en donde la nueva hace imposible también el cumplimiento de la precedente, imposibilidades que las hacen de todo punto incompatibles, por estar referidas ambas a un mismo objeto, a alguna condición principal o a la causa eficiente. Es el caso, por ejemplo, en donde las partes inicialmente acuerdan el cultivo de un predio y posteriormente convienen que sobre el mismo se realice tal o cual construcción. De ahí que no estemos de acuerdo en que de la incompatibilidad se presuma una voluntad extintiva; lo -

(267) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 350; Manresa y Navarro op. cit., p. 423, supra nota (73), expresa que la novación presunta se inicia con el artículo 1134, del proyecto de Código de 1851.

(268) Hernández Gil, op. cit., p. 799.

que se deduce es la existencia de la novación por imposibilidad de coexistencia y cumplimiento de la obligación precedente, ya que la naturaleza de sus elementos objetivos sustituidos es muy distinta a la naturaleza de los mismos en la nueva obligación. Entonces, la incompatibilidad no debe entenderse como una forma de expresión de la intención de las partes, en la cual el elemento subjetivo encuentra un medio de expresión, sino más bien, "sin entrar en averiguaciones de voluntad" (269), como una fórmula objetiva, que sólo en base a los elementos de la obligación, establece la novación (270).

La doctrina ha asumido una posición interesante en cuanto a este medio de producción de la novación. Hernández Gil manifiesta que sólo en el determinado supuesto de la incompatibilidad, la ley considera como existente la novación, plegando la consecuen

(269) Albaladejo García, op. cit., p. 265, nota 6.

(270) La incompatibilidad, como presunción de la novación, la establece muy claramente, Sancho Rebullida, op. cit., pp. 304 y 305, así: "...el Derecho romano postclásico había admitido la novación tácita deducible a través de reglas formuladas como presunciones; la situación de ambigüedad e inseguridad a que este sistema conducía fue determinante de que Justiniano impusiese como requisito la expresión del ánimus novandi; pero, después, como quiera que la novación objetiva tácita respondía a necesidades vivas de la práctica medieval, el Derecho común introdujo algunas presunciones entre las que se destaca la de la incompatibilidad. A la hora de la codificación el legislador encontró así dos sistemas entre los que elegir: el justiniano y el del Derecho intermedio. El legislador francés (para el que nunca supuso nada la "novación modificativa") optó por el primero y en el artículo 1273 impuso el requisito de la expresión del ánimus; el legislador español reprodujo - el precepto, pero le añadió una doble presunción, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio, la regla de la incompatibilidad".

cia jurídica a un hecho material concluyente que no puede tener -- otro significado, "una incompatibilidad de tal clase significa que -- las dos obligaciones se encuentran en situación de pugna y antítesis: que no sea posible la coexistencia" (271); Albaladejo, después de afirmar que no es necesario entrar en averiguaciones de voluntad, dice que el artículo 1204, "decreta la extinción de la obligación antigua incompatible con la nueva... atendiendo simplemente a esa incompatibilidad" (272); contrariamente, Cristobal-Montes expresa que en los casos de incompatibilidad no cabe prescindir del ánimus novandi, "allí hace falta también este elemento para que la precedente obligación desaparezca y la nueva ocupe su lugar, esto es, para que la novación se produzca, porque si no por más incompatibilidad no cabe prescindir del ánimus novandi, "allí hace falta también este elemento para que la precedente obligación desaparezca y la nueva ocupe su lugar, esto es, para que la novación se produzca, porque si no por más incompatibilidad que se dé entre -- las relaciones obligatorias, el juego extintivo no podrá darse por medio de la novación. El susodicho precepto no elimina la exigencia del ánimus, sino que lo único que hace es prescindir de su declaración terminante o expresa, porque la incompatibilidad entre -- la antigua y la nueva obligación se estima como manifestación o exteriorización, suficiente de dicho ánimo y constituye la versión tácita, la única admisible en el Derecho español, del mismo" (273); Sancho Rebullida y Reyes Monterreal sitúan el criterio de la incompatibilidad en la transmutación de causa, cuando no hay expresión

(271) Hernández Gil, op. cit. pp. 799-800.

(272) Albaladejo García, op. cit. p. 265, nota 6.

(273) Cristobal-Montes, op. cit., p. 1201.

del animus novandi (274); Pérez González y Alguer, para los efectos novativos y modificativos le atribuyen un cierto aire de voluntariedad, puesto que ella "puede plantearse tanto respecto al caso de que la segunda obligación sustituya a la primera extinguiéndola, como con relación al caso de que sea la misma obligación, pero modificada" (275), sin embargo, los mismos autores para solucionar el problema de si una obligación sustituye a la otra extinguiéndola, establecen tres supuestos en donde concretamente el --tercero, a nuestro entender, da la regla correcta que gráficamente aclara la verdadera función de la incompatibilidad, permitiendo a su vez que ella no se entienda referida sólo a un concreto elemento de la obligación, la causa, sino que abarque también el objeto o las condiciones principales (276).

(274) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., pp. 390, que dice: "...refiriendo -- conforme a su sentido histórico -- la regla de la incompatibilidad se sitúa eficazmente en la causa de la obligación, en el sentido que la configura el artículo 1274 C. c. La segunda obligación es "de todo punto incompatible" con la primera cuando responde a la misma causa; si existe otra causa distinta -- incluso la mera liberalidad -- ambas obligaciones son compatibles. Cuando no exista problema de modificación sino de novación o acumulación y no haya expresión del animus novandi, éste solo puede presumirse cuando, por haber transmutación de causa, exista incompatibilidad entre las dos obligaciones. Y este es, en suma, el único caso admitido por nuestro Derecho de novación tácita objetiva"; Reyes Monterreal, op. cit., p. 608, supra nota (165).

(275) Pérez González y Alguer, op. cit., p. 225.

(276) Pérez González y Alguer, Ibid., p. 225, establecen tres reglas que aclaran las dudas que puedan haber en cuanto a si las dos obligaciones coexisten o no, en donde concretamente la tercera reza: "Las dos obligaciones son distintas y podrían coexistir en abstracto por tener entidad distinta, pero no pueden coexistir, no coinciden en concreto por ser incompatible en fuerza de su contenido, diametralmente opuesto, como la obligación de levantar un muro en determinado sitio y la obligación de levantarlo en el mismo sitio".

Expuesta así la opinión de la moderna doctrina española, creemos necesario que debe precisarse más la interpretación del artículo 1204, por un lado, en cuanto a la teoría de la incompatibilidad, y por el otro, en la que se ha mal denominado "novación tácita".

Dando por sentado que dicha norma es expresiva del ánimus novandi cuando se declara terminantemente, obteniéndose así la novación mediante una manifestación de voluntad, entendemos tanbién que alternativamente (277) permite otro tipo de novación por incompatibilidad sin que se tenga que atisbar en ésta el menor indicio de la voluntad, pues oontrariamente a la opinión de algunos autores (278) en ella no hay ni siquiera ánimus novandi implícito, a través de una presunción de novación cuando existen alteraciones esenciales de la obligación, quebrando así el principio tradicional-francés de que la novación no se presume, junto a una manifestación única y posible del ánimus novandi; es decir, que dicha norma expresamente reconoce dos únicos medios de producción de la novación: mediante ánimus novandi expreso y mediante la presunción de la incompatibilidad, sin necesidad de entrar en averiguaciones de voluntad.

Entonces, resulta totalmente incorrecto hablar tanto en uno como en otro modo productor de la novación que contiene el artículo 1204, de novación tácita (279), en primer lugar porque el Có-

(277) Cfr. Diaz Picazo y Gullón, op. cit. p. 195, supra nota (9)

(278) Preferentemente Sancho Rebullida, op. cit., supra nota (271) y Cristobal-Montes, op. cit., supra nota (272)

(279) Cfr. Hernández Gil, op. cit., p. 799, que dice que cuando no se tiene por base una declaración de voluntad, sino un hecho material, la terminología no resulta del todo correcta, porque no se trata de dar vida a la novación tácitamente, como ocurre cuando la voluntad es inquirible a través de los actos de las partes, según previene el artículo 1282, sino que en un de

digo prescribe que la declaración solamente debe ser terminante - ó expresa, y en segundo lugar, porque la incompatibilidad excluye toda referencia a la voluntad de las partes. Realmente no puede hablarse de novación tácita en el Derecho español porque la novación "depende de la existencia de una voluntad, que ha de ser expresa, lo que excluye toda novación tácita y la aplicación en este punto de presunciones" (280) cuando se requiere una declaración terminante, ni tampoco en la de por incompatibilidad que siempre estará limitada a la categoría de objetiva, en donde sólo la alteración esencial es impeditiva del cumplimiento de la primera obligación. La incompatibilidad y la declaración tácita son dos conceptos autónomos y sin relación alguna. El segundo se tiene como productor de efectos jurídicos cuando no hay declaración expresa de lo que las partes han querido, pero por permitirlo la ley consta de los hechos - caecidos entre ellas cuando ésta admite cualquier otra forma de expresión indirecta de la cual es palpable la voluntad de extinguir. La novación objetiva por incompatibilidad, en cambio, como bien lo expresa Sancho Rebullida, "tiene lugar cuando no hay expresión - del ánimo: ni en orden a la extinción ni en orden a la modificación. Es decir, tiene lugar cuando inter easdem personas ligadas por un vínculo anterior nace una obligación distinta, sin que el contrato generador de ésta se relacione expresamente con la anterior"(281). En consecuencia, la novación objetiva expresa por la ausencia de toda clase de manifestación de la voluntad y se obtiene por la pre-

(cont. pág. ant.) ... terminado supuesto y sólo en él la ley considera como existente la novación.

(280) Díez Picazo y Gullón, op. cit., p. 195.

(281) Sancho Rebullida, op. cit., p. 389, la única contradicción que encontramos a esta afirmación cierta del autor es hablar al - inicio de novación tácita en orden a la objetiva.

sunción de extinción que acarrea la nueva obligación que no permite ni la coexistencia ni el cumplimiento de la primera obligación. Hablar de novación tácita en este caso es un contrasentido.

Cuando vimos en la parte general la novación por cambio de causa, dijimos que si bien no se encontraba expresamente mencionada en el Código, a diferencia de otras legislaciones también de — origen latino, entonces se podría hallar en la misma incompatibilidad que prescribe el artículo 1204 (282), como por su parte lo han — indicado tanto Sancho Rebullida como Reyes Monterreal (283).

Además de que la doctrina mencionada en aquella oportunidad admite que la novación puede efectuarse cuando se cambia la — causa de la obligación, a pesar de que ciertamente no la sitúa en el artículo 1203, 1º, pues como dice Albaladejo, "luego, si no la menciona la causa es porque estima que la variación de ésta es más que una modificación" (284), y aún cuando la aludida norma no obstaculiza para nada que la modificación de las obligaciones se lleve a cabo sobre el objeto o las condiciones principales, entonces si se desea encontrar su expresión, que no puede dar nunca lugar a la modificación, habrá que atenerse al ámbito de la incompatibilidad, que como bien lo señalan Díez Picazo y Gullón, existe "cuando la obligación — anterior y la posterior al acto novativo pertenecen a tipos distintos o se han transformado de naturaleza" (285)

Resulta, en consecuencia, que la causa no ha buscarse — en las condiciones principales que menciona el artículo 1203. Es —

(282) Véase supra I, nº 4, pp. ...

(283) Véase supra notas (272), (165) y (80)

(284) Op. cit., p. 269, además, véase supra nota (163)

(285) Op. cit., p. 195.

cierto que dichas condiciones principales lo son de la obligación en el sentido de que han sido puestas por el legislador para indicar determinados elementos accesorios que las partes han querido elevar a la categoría de principales a algunos de ellos cuando tienen una función aseguradora en el cumplimiento de aquella, pero que en comparación con los elementos principales que dan nacimiento a la obligación no completan el vacío dejado en cuanto a la falta de indicación de uno de ellos, pues dos de estos en el mencionado precepto ya se encuentran señalados. Entonces, la expresión de la causa ha de localizarse en la incompatibilidad -- que menciona el artículo 1204, que no sólo es contemplativa de ésta, sino que como concepto genérico y productor de la novación únicamente abarca también el objeto y las condiciones principales a falta de declaración terminante. Y es que por la incompatibilidad resulta imposible el cumplimiento de la antigua obligación por la nueva que ha nacido cuando ambas corresponden a distinto tipo de negocio jurídico en relación a un mismo objeto, dando como resultado la novación causal que se determina no por la simple alteración, sino más bien en atención al nacimiento de una nueva obligación que se crea precisamente para llevar a cabo el cambio de causa.

2. - POSICION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA Y SU DELIMITACION DE LA MODIFICACION OBJETIVA

Comprendida hasta ahora la opinión de la doctrina científica que se ha manifestado con relación particular a los elementos objetivos y sobre los medios productores de la novación que se enuncian en los artículos 1203 y 1204 del Código Civil, veremos en seguida lo que han dicho en referencia total al instituto y su distinción de la modificación objetiva tanto ella como también, por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Para lograr la novación objetiva, es indudable que los preceptos antes aludidos deben marchar juntos, es decir, sólo con relación a la novación, "no pueden separarse, no contemplan dos situaciones jurídicas distintas, no son dos normas autónomas, sino partes de un todo, elementos integrantes de una única estructura..." (286), pues no hay ninguna razón justificante para que también por medio de la voluntad de las partes, a tenor de lo expresado en el artículo 1255, puedan "ser modificados el objeto y las condiciones principales, sin que por ello se produzca la novación extintiva" (287)

El Código Civil regula separadamente la modificación y la novación de las obligaciones. El artículo 1203, 1º es indicativo y limitativo a la vez de la voluntad de las partes en el sentido de que prescribe para una u otra institución los elementos sobre las cuales pueden efectuarse cada una de ellas; pero concretamente ya para la novación, el mismo es insuficiente por lo que es necesario recurrir y adentrarse en el ámbito del 1204, porque "las variaciones en el objeto o en las condiciones principales --comprendidas en el propio precepto -- no entrañan de suyo la extinción de la obligación precedente" (288); es decir, como lo reconoce la doctrina, es preciso que exista voluntad de novar declarada terminantemente o in-

(286) Cristobal-Montes, op. cit. p. 1216

(287) Pérez González y Alguer, op. cit., p. 222.

(288) Hernández Gil, op. cit., p. 805; en igual sentido, Sancho Rebullida, op. cit., p. 299, dice que el art. 1204 subordina a la novación a la voluntad terminante y a la incompatibilidad; - Díaz Pairó, op. cit., pp 116-117; Clemente de Diego y Navarro de Palencia, op. cit., p. 480, indican que las modificaciones en si por sí, no son constitutivas de novación.

compatibilidad entre la primitiva y la nueva obligación. "Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya... es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles" (289). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha indicado la necesidad de tales requisitos (290) y recientemente lo ha ratificado en las Sentencias de 11 de febrero de 1974, 3 de marzo de 1976, que no han sido más que reproducción de la de 29 de abril de 1947 (291).

El *ánimus novandi* y la incompatibilidad se convierten en los elementos esenciales que diferencian el contrato novativo y ninguno de los dos puede operar si simultáneamente no se ha creado entre las partes una nueva obligación que venga a sustituir a la precedente y que es portadora de alguno de los elementos indicati-

(289) Clemente de Diego y Navarro de Palencia, *op. cit.*, p. 480.

(290) Véanse las que indica Sancho Rebullida, en *op. cit.*, pp. 215 y ss., entre las que se destacan las de 29 abril 1947, 8 julio 1947, 9 abril 1953, 24 junio 1940, 31 diciembre 1941, 7 abril 1933; y Albaladejo García, *op. cit.*, p. 264, las de 17 junio 1966, 6 junio 1970, 15 marzo 1972, 29 septiembre 1973.

(291) Cfr. la Sentencia de 6 de Noviembre 1971, que expresó entre otras cosas, "...la jurisprudencia después de algunas vacilaciones, ha terminado por recoger esta doctrina proclamando en la Sentencia de 29 de abril 1947, que si bien el artículo 1204 del C. civ. exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes, o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en sentido estricto --novación extintiva-- no a la meramente modificativa que el C. civ. también admite, como claramente aparece en la frase inicial del art. 1203..."; con fundamento en ella las de 10 febrero 1950, 1 diciembre 1951, 9 abril 1957, 5 marzo 1965 y 17 junio 1966.

vos del art. 1203, 1º, porque contrariamente a lo que se ha afirmado, el simple cambio de uno de ellos no produce novación. Hay así quienes sostienen que "la modificación introducida ha de representar una novedad importante que modifique sensiblemente la obligación primitiva" (292), y casi en similar latitud se expresa la jurisprudencia al afirmar que "las modificaciones accidentales que sin alterar la esencial de la obligación preexistente se introduzcan en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación, pero sí las modificaciones principales, según el artículo 1203..." (293), por lo que es necesario de deducir las siguientes consecuencias: Efectivamente es cierto, como así lo dijimos en su oportunidad, que sólo las condiciones principales son productoras de novación, pero, para que pueda captarse la presencia de ésta es necesario que nazca una nueva obligación; es decir, de estas opiniones doctrinales pareciera deducirse que la mera modificación, sólo de las condiciones principales, es provocadora de la novación toda vez que hace resaltar que con aquella se altera la esencia de la obligación, cosa que no es cierta y nosotros no compartimos por la simple razón de que el convenio entre las partes dirigido a la modificación no tiene otra finalidad que sustituir un elemento por otro, sin que pueda -- atribuírsele alcances extensivos que llevan a considerar la presencia de una nueva obligación, y aunque la alteración sea del todo -- sustancial si en dicho convenio no se acuerda la creación de otra obligación que venga a sustituir la precedente, por más que se -- quiera, no hay novación pues el cambio no debe tomarse como el na

(292) Clemente de Diego, Felipe, Instituciones de Derecho Civil, (Ed. Artes Gráficas San Martín), ed. revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral, y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959), T. II. p. 426.

(293) Tribunal Supremo, Sentencia, 17 de febrero 1959.

cimiento de esa otra.

La novación en sentido estricto es extinción mediante sustitución de las obligaciones y el artículo 1204 "somete al efecto extintivo de la creación de una nueva obligación a estos dos supuestos: al de la declaración terminante o al de incompatibilidad "de todo punto" entre la antigua obligación y la nueva" (294), marcando una amplia diferencia en los modos de conseguir la novación objetiva, y representa, en palabras de Lacruz Verdejo, "... en la técnica del Código Civil, el caso extremo de la modificación: la sustitución de un negocio ú objeto por otro, o de un deudor o acreedor por otro, o de ambos, persistiendo, de la antigua deuda, sólo su valor condicionante de la nueva" (295); sustitución que tiene como efectos la destrucción de la primitiva obligación, junto con los derechos accesorios que la acompañen (296), que debe existir antes de efectuarse el contrato novativo por ser su vigencia la base que da origen a la nueva relación obligatoria (297), y que requiere para todos los casos de la aludida norma que, si bien no es expresiva de la novación (298), como tampoco lo es la del artículo 203, habla en su propia literalidad de dos obligaciones y "tiende a resolver el problema de si esa existencia puede o no traducirse en coexistencia (es decir, si la obligación "otra" sustituye extinguendo la o no a la "una")" (299). Y, es precisamente para resolver este

(294) González Pérez y Alguer, op. cit. p. 411.

(295) Lacruz Berdejo, José Luis. Elementos de Derecho civil (Librería Bosch, Barcelona, 1977) T. II, vol. I, p. 138.

(296) Cfr. Espín Cánovas, op. cit., p. 154, supra nota (5).

(297) Manresa y Navarro, op. cit. p. 420, afirma que la novación no se producirá si se expresa que ya la obligación anterior estaba extinguida, puesto que entonces falta la base de aquella, que es una relación subsistente hasta el momento de verificarse la novación.

problema que se requiere de la voluntad de novar que debe ponerse de manifiesto cuando exige que se declare terminantemente, que como vimos, aunque no precisa de una formalidad, debe contar con seguridad, es decir, no es necesaria la declaración expresa que indique el término novación (300), y de la incompatibilidad que conforme a la doctrina científica y jurisprudencial corresponde declararla a los Tribunales (301), y que lamentablemente no ha sido todavía correctamente interpretada, pues, aparte de hacer depender la novación sólo de las condiciones principales, restringe de sobremanera amplia la modificación de las obligaciones y la reduce a los meros cambios accidentales, haciendo suponer que la partes han quedido el efecto más débil (302).

(298) Cfr. en similar apreciación, Pérez González y Alguer, op. cit., p. 411.

(299) Pérez González y Alguer, ibid., p. 221.

(300) Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 266 y supra notas (263) y (264)

(301) Tribunal Supremo, Sentencias de 10 de mayo 1977, 24 enero 1962, 24 enero 1957, entre otras; Díaz Pairó, op. cit., p. 113

(302) Cfr. Pérez González y Alguer, op. cit., p. 225; Tribunal Supremo, Sentencias de 29 de abril 1947, 10 febrero 1950, 3 mayo 1958, 6 junio 1961 y 6 noviembre 1971. La crítica que formulan Pérez González y Alguer es bastante fuerte y dice: "La jurisprudencia y la doctrina en España parecen suponer que la modificación de los elementos principales de la obligación implica necesariamente novación en sentido estricto, es decir, extinción de la obligación primitiva mediante la creación de una nueva... Para sostenerlo así, se apoyan en una interpretación superficial y llena de perjuicios de los arts. 1203 n^o 1 y 1204. A pesar de proclamar el principio justo de que la novación no se presume nunca... parecen sentar una presunción especial de novación para los casos de modificación del objeto y de las condiciones principales, presunción que deriva de suponer, por un lado, que el art. 1203, núm. 1^o significa que la modificación de las condiciones principales trae consigo la novación... y que la variación de las condiciones accidentales--

Ante toda esta desconcertante variedad de opiniones científicas y jurisprudenciales que se han formulado en torno a la novación, se han alzado tres directrices que tratan de diferenciarla de la modificación y de aclarar la problemática que la normativa del Código civil encierra en los artículos 1203 y 1204 (303).

La primera de ella considera a la novación como excepción dentro del marco general que establece la primera frase del artículo 1203. Esta corriente es sostenida por Díez Picazo y Gullón (304) Reyes Monterreal (305) y Núñez Lagos (306) y en términos generales manifiesta que "el Código civil incluye la rúbrica de la novación en la extinción de las obligaciones. Pero en los artículos que incluye en dicha sección, no regula sólo la novación, sino, como regla general, la modificación de las obligaciones, y como excepción, la extinción por novación" (307). La segunda, por el contra-

(cnt. pág. ant.). . . les o accesorias no tiene por consecuencia la novación. . . y, de otro lado, que la modificación de las condiciones principales y no la de las secundarias cae dentro -- del segundo supuesto del art. 1204, o sea el de la incompatibilidad de la antigua y la nueva obligación. . . " Op. cit. pp. 223 224; Cfr. , en igual sentido, adheriéndose, Espín Cánovas, op. cit. p. 151.

(303) Sancho Rebullida, op. cit. , p. 297, expresa: "A mi modo de ver, el Código civil español, hijo de su tiempo, ofrece una regulación ambigua y - mejor que desconcertante - desconcertada, de la novación. No es que deliberada y ciertamente introduzca aportaciones doctrinales progresivas ni que rectifique, sobre presupuestos críticos, concepciones históricas superadas. Recoge, simplemente, la institución en pleno vai vên conceptual y, sin comprometer soluciones inamovibles, mezcla criterios conservadores, con aportaciones más o menos valoradas, en medio de una ambigüedad en ocasiones exasperante".

(304) Op. cit. , 195. "Del art. 1204 parece deducirse el carácter - excepcional de la novación extintiva. . . "

(305) Op. cit. p. 605.

rio, sostiene que la modificación más que una modalidad de la novación, es un primer estadio de ésta, en el supuesto de que no se — llega a penetrar en la esfera del art. 1204, bien por falta de una declaración terminante, bien por falta de una incompatibilidad de todo punto (308); y, finalmente, la tercera, apoyada principalmente por Clemente de Diego y Navarro de Palencia, la considera como una sub-especie de la modificación, ya que "la novación es una modificación de una obligación preexistente; ésta es el género y — aquella la especie..." (309), que exige "como algo esencial a su — concepto que se extinga una obligación mediante otra nueva que se contrae y se le subordina..." (310). Como puede verse, todas estas directrices prescriben un carácter indisociable de una con la otra, en donde el grado de dependencia, mayor o menor, se sitúa — en la modificación que viene a ser considerada, en relación con la novación, erradamente, como una institución genérica y de realización continua previa a efectuarse la otra a través del juego de los medios productores señalados en el artículo 1204 del Código Civil.

Sin forzar los conceptos y los alcances de los artículos — 1203 y 1204, la novación no está ligada institucionalmente en nada a la modificación; uno y otro son independientes y autónomos, con la salvedad única de que para alcanzar la novación, que es sustitu

(306) Op. cit., p. 21.

(307) Núñez Lagos, Ibid., p. 21.

(308) Hernández Gil, op. cit., p. 806

(309) Op. cit., p. 480.

(310) Clemente de Diego y Navarro de Palencia, Ibid., p. 478; contrariamente a tenerla como sub-especie de la modificación, Sancho Rebullida, op. cit., p. 307, manifiesta que sin negar la libre modificabilidad de las obligaciones y sin forzar los — conceptos se hace de la modificación sub-especie de una de — las especies de extinción.

ción, tanto la voluntad expresa como la incompatibilidad deberán incidir solo sobre los elementos que se indican en el párrafo primero del artículo 1203, que más limitar la modificación a los elementos que menciona, como rápidamente de su lectura se puede deducir, lo que en realidad prescribe es una limitación al efecto extintivo de la novación que no puede ser general para cualquier otro elemento de la obligación. Se está en el campo de la novación cuando la nueva obligación, además de la variación que debe contener respecto de la otra y que puede ser parcial o total, viene a sustituir, aparte de determinados elementos singularmente, toda una relación de obligación, no por la variación, sino porque las partes han acordado la creación de una nueva obligación que es vehículo a la vez de aquella variación (311).

La doctrina científica y jurisprudencial han delimitado los conceptos de novación y modificación con argumentos no del todo felices y convincentes, debido tal vez a que siempre han visto una dependencia recíproca en ambos.

(311) En cierta medida, aunque no del todo, tiene razón Cristóbal Montes, op. cit., p. 1216, cuando afirma, con respecto a la novación, que los artículos 1203 y 1204, del Código Civil no pueden separarse, pero sólo en cuanto a que "el primero de dichos artículos se refiere a la necesidad de la -- presencia del aliquid novi en la novación; el segundo, a la existencia y declaración del ánimus novandi para que la vieja obligación quede sustituida por la de reciente factura.. El uno precisa del otro porque, repito, son partes de un todo y entre ambos conforman la estructura de la novación" En lo que no estamos de acuerdo es que en cada uno de -- ellos "no contemplan dos situaciones jurídicas distintas", -- ni que "el art. 1203 resulta absurdo, innecesario y anodino sin el siguiente", pues las instituciones que hay en ambas normas se observa la propia literalidad y el complemento de una en otra, no inverso, obedece a una limitación de operatividad sobre determinados elementos.

Sin duda alguna, la jurisprudencia ha sido muy tímida en proclamar abiertamente la modificación de las obligaciones sobre el objeto y las condiciones principales, pues la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo se han encausado a circunscribirla a los elementos accesorios o secundarios de la obligación (312), salvo algunos fallos esporádicos (313) que sí han admitido esa posibilidad que tampoco el mismo Código prohíbe. Toda su doctrina actual arranca, a nuestro entender, de la conclusión de Pérez González y Alguer que sostienen que "si en virtud de un contrato la antigua obligación se modifica meramente o se extingue mediante la creación de otra que la sustituya, debe juzgarse ... no conforme a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación siendo en la duda, de suponer el -

(312) Cfr. las de 9 de mayo de 1963, que admitiendo la modificación, manifiesta que el deslinde entre ésta y la novación ha brá de hacerse tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación; 11 de junio 1947, en el sentido de que cuando no se varíe la es en cia de la obligación, ésta no se extinguirá, sin que se dude que pueda ser otro el sentido atribuible al art. 1203 del C. c.; 17 junio 1966, 27 junio 1970, "la modificación debe apre ciarse como accidental"; 21 abril 1972; 7 marzo 1978.

(313) La sentencia de 4 de marzo 1979, pareciera que abre la po sibilidad de modificación sobre el objeto y las condiciones principales: se trataba de un arrendamiento rústico contra tado en 1944 que fué modificado sucesivamente tanto por las partes originarias como por sus sucesores, encunto a la renta, a la superficie arrendada y en relación al aprovecha miento principal. El Tribunal Supremo declaró que hecha Tribunal (a-quo) la declaración de tratarse de una novación puramente modificativa, no puede la parte argüir lo es extintiva, cuando no se ha demostrado aparezca una expresa voluntad de las partes en tal sentido y, por el contrario, las partes en tal sentido quisieron mantener aquel contrato mediante prórrogas del mismo, cualesquiera que fueran los elementos novados... "

efecto más débil, o sea la modificación" (314); conclusión que no vino a solucionar el problema, aún cuando ellos mismos en una severa crítica expresaban que "... la jurisprudencia, teniendo sin duda en cuenta que dicho artículo no habla para nada de condiciones secundarias y sí solo de objeto y condiciones principales, bajo influjos tradicionales ha considerado fácil su tarea, consistente en ver novación extintiva en todo cambio de objeto y condiciones principales y -- considerar simple modificación no extintiva toda mutación en las condiciones secundarias. Pero es concepción de la jurisprudencia parte de una base poco firme, ya que el hecho de estar previstas unas condiciones y silenciadas otras, no puede determinar por sí sólo las distintas soluciones que respectivamente les asigna. Nada dice el art. 1203 de las variaciones de las condiciones secundarias, pero -- ello no es óbice para que tal fenómeno se produzca con eficacia, como justamente lo reconoce la jurisprudencia, pero igualmente tiene que reconocerse la misma solución para el caso de mutación de las condiciones principales, puesto que si bien este cambio está reconocido en el referido artículo, en éste se dice expresamente que pueden variar y no otra cosa" (315). Sin embargo, los criterios del Tribunal Supremo no parecen muy dispuestos a cambiarse, y no se nota por el contrario, un afianzamiento de los mismos al haberle atribuido una interpretación al art. 1203 totalmente en desacuerdo con su propia literalidad, que queda reducido a lo que siempre se ha preconizado: la modificación sólo en las condiciones secundarias (316).

(314) Op. cit., p. 225, Cfr. en igual sentido, Tribunal Supremo, Sentencias de 30 diciembre 1935, 29 abril 1947, 21 abril 1951, 3 mayo 1958, 6 noviembre 1971.

(315) González Pérez y Alguer, op. cit., p. 224.

(316) Las últimas sentencias del Tribunal Supremo se han orientado en este sentido: 7 marzo 1978, "el efecto de la novación es extintivo de la obligación sustituida siempre que altere o varíe --

La doctrina científica ha sido la que en todos los tiempos ha proclamado, en muy distintas formas, la modificabilidad de las obligaciones no limitada a los elementos accesorios de la obligación, aún cuando algunos autores la acotan a éstos (317). Pero, en términos generales, la modificación es aceptada aún en el contenido de la obligación sin que ésta desaparezca, dejándola en pie porque "en la práctica tiene mayor importancia y es más frecuente que la novación propia o extintiva, pues no acarrea la serie de inconvenientes que se derivan de esta última por la destrucción del primitivo vínculo obligatorio y con él de los derechos que lo garantizaban" (318). Sin embargo, y pese a ello, de lo que no podido — desligarse todavía la doctrina es de la contradictoria terminología que emplea, que a todas luces, resulta incorrecta, ya que tanto — la novación como la modificación, por los efectos que le son propios a cada una, no son dos conceptos que tengan un origen común, pues como dice Sancho Rebullida, la "modificación tiene su sede — conceptual junto a la originación (fuentes), transmisión (modifica—

(cont. pág. ant.) ... su esencia, siendo ese el sentido atribuido al art 1203 del C. c. ". 5 mayo 1978, "el art. 1203 del C. c. en su ap. 1º, en cuanto es definidor de la novación por variación de su objeto o sus condiciones principales, toda — vez que el efecto extintivo que amana de este precepto sólo puede producirse, según revela el art. 1204 del mismo cuerpo legal sustantivo, cuando se trate de una novación propia ó en sentido estricto... "

(317) Cfr. García Goyena, op. cit., p. 182, supra nota (31); Clemente de Diego, op. cit., p. 327; supra nota (46), "la modificación o cambio de las obligaciones representa la mutación sufrida por una relación obligatoria sin alteración de su esencia y puede afectar... o a los sujetos, o al objeto, o a la relación misma"; Puig Peña, op. cit., p. 348, nota 18, supra nota (3).

(318) Díaz Pairó, op. cit., pp. 107-109.

ción subjetiva) y extinción de las obligaciones. Y su base legal en el art. 1255 del Código... " (319), con lo que se quiere indicar que ambos son institutos determinados y separables, con autonomía funcional, aún cuando la novación sevalga en cierta medida para producirse de la indicación de los elementos sobre los que también puede llevarse a cabo aquélla.

La moderna doctrina distingue la modificación de la novación y la primera "tiene lugar, no cuando una obligación se extingue por el nacimiento de otra, sino cuando se introducen cambios en una obligación que, aunque modificada, continúa viviendo" (320) es decir, que en una y otra es distinto el *ánimus*; para ésta será - modificativo y para la otra novandi, siendo en definitiva la voluntad de las partes quien dará uno u otro carácter, pero careciendo el primero de la posibilidad de crear una nueva obligación, lo que ya en gran medida lo hace diferente del que se requiere para la novación (321). El *ánimus* modificativo impide el nacimiento y la subsistencia de una nueva obligación, como sucede en la novación cuando el *ánimus* que les es propio no consta y es a la vez creador de otra obligación, sino que se limita a variar - obsérvese que sería incorrecto utilizar el verbo "sustituir" - alguno de los elementos de una obligación ya existente. El convenio o contrato de modifica-

(319) Op. cit., p. 307

(320) Albaladejo García, op. cit., p. 273.

(321) Los autores atinadamente sostienen en relación con el *animus novandi* que si el mismo falta, la nueva obligación subsiste, - produciéndose, a falta de una declaración expresa, la coexistencia de ambas con efecto cumulativo, a no ser que resulten incompatibles y sea necesario admitir que una se extingue y - otra nace: Cfr. Albaladejo García, Instituciones cit., p. 487; Sancho Rebullida, op. cit., p. 349; Espín Cánovas, op. cit. p. 150.

ción no se enfrenta, como sucede en la novación con la obligación nueva que nace, a la obligación que pretende modificar porque coadyuva a que la variación se efectúe y sin que posteriormente tenga ninguna relación con la obligación, desaparece, se integra en la obligación modificada desde el momento mismo en que la variación se ha realizado.

Hernández Gil, que agudamente distingue la diferencia entre la modificación y la novación, sostiene que "... para elaborar en el sistema del Código Civil el concepto de la novación objetiva modificativa, no hay que acudir al rodeo de las modificaciones accidentales. La novación puede ser modificativa no porque las modificaciones accidentales no estén comprendidas en el art. 1203, sino porque las variaciones en el objeto o en las condiciones principales --comprendidas en el propio precepto -- no entrañan de suyo la extinción de la obligación precedente" (322), tesis en el fondo compartida, con otras palabras, por de Cossío (323), Díez Picazo (324), Pérez González y Alguer (325), Puig Brutau (326) y otros. De ahí que estos autores le atribuyan un alcance práctico muy peculiar cual es el de que siempre será la misma obligación que conservará las preferencias, derechos accesorios y elementos secundarios, quedando, en-

(322) Op. cit., p. 803; Cfr. Cristobal-Montes, op. cit., p. 1193, que contrariamente afirma que la "novación modificativa es un contrasentido; Ibid. p. 1206, véase supra nota (228)

(323) Instituciones cit., p. 326, supra nota (12)

(324) Lecciones cit., p. 395, supra nota (6), le atribuye autonomía científica y propone que se inviertan los términos tradicionales y se distinga una modificación simple y una modificación novativa.

(325) Op. cit., p. 222, véase, supra nota (285)

(326) Op. cit., p. 459, supra nota (28)

consecuencia, eliminado y reemplazado sólo el elemento que resul
te modificado (327). Solamente en el caso de prórroga concedido -
por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, quedará
extinguida la fianza, conforme al art. 1851 del Código civil; rigo-
rismo legal que aún a estos días conserva su vigencia e importan-
cia a fin de evitar posibles perjuicios al fiador (328).

En conclusión, tanto la doctrina científica como la de juris-
prudencia aceptan la modificación de las obligaciones, aunque es-
te segunda en forma muy relativa pues la reduce a los elementos -
accesorios, a pesar de que en la primera se ha proclamado a ul-

(327) Cfr., en similares palabras, Hernández Gil, op. cit., p. 807,
quien equivocadamente considera que para la modificación se
crea otra obligación nueva, cuando afirma: "En el punto, si-
quiera, sea accidental, en que se introduzca la modificación,
el contenido queará eliminado y reemplazado por el que resul
te de la nueva. Consiguientemente, la coexistencia no se da -
de una manera total; ni subsiste íntegramente ni se cumple en
un todo la obligación primera más la segunda", aunque por --
otro lado muy atinadamente deduce, tesis que compartimos, -
que "La novación no es modificativa porque no dé lugar a nin-
guna clase de efecto extintivo. Lo es más bien en cuanto que
ese ~~efecto~~ extintivo no se proyecte sobre la relación obligato-
ria en su conjunto".

(328) Brenes Córdoba, op. cit., p. 537, Supra nota (203), comen-
tando el artículo 1851 del Código civil español, expresa: "...
precepto que se funda, de un lado, en la consideración deser
impropio que se alteren las condiciones del contrato principal
sin el consentimiento de la persona que lo garantiza; y de otro
en la posibilidad de que siendo el deudor solvente al vencimien-
to del plazo, deje de serlo en el curso de la prórroga, con in-
dudable perjuicio del fiador.

Además, esas deudas que mediante prórrogas van prolongán-
dose por mucho tiempo, suelen recargarse de intereses, con-
frecuencia a tipos altos que el acreedor no se preocupa de -
exigir a su vencimiento en la seguridad de que el fiador sien-
do siendo persona solvente, los pagará junto con el capital,
más adelante; todo lo que es sumamente gravoso para quien nin-
gún provecho ha derivado de la negociación".

tranza la posibilidad de efectuarla aún sobre el objeto o las condiciones principales. Efectivamente, no existen obstáculos para que la modificación "mediante contrato con sustantividad propia" (329) no pueda llevar a cabo, ya que ella no es ni siquiera una adición posterior a una obligación creada previamente, es simplemente una variación sobre alguno de los elementos estructurales, exceptuándose la causa, principales y accesorios de la relación obligatoria.

3. - NUEVA INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1203 Y 1204 DEL CODIGO CIVIL

Recopilando lo que se ha dicho esporádicamente en las páginas precedentes, sin ninguna duda al respecto partimos para ésta - nuestra apreciación del tema en la legislación española, que los artículos 1203 y 1204 del Código civil contemplan dos supuestos independientes y autónomos con efectos jurídicos propios, en la medida en que el primero es enunciativo de la modificación de las obligaciones y el segundo, lo es de la novación.

El artículo 1203 enuncia y permite la modificación de las obligaciones cuando afirma "las obligaciones pueden modificarse", ya que "el significado técnico-jurídico de la modificación coincide con el gramatical, expresa la idea de cambio o alteración" (330).

Pero, aparte de esto, obsérvese que dicho texto no contiene ninguna referencia a la novación, aún cuando se halle bajo el título de ésta en el Código, lo que no obstaculiza para nada que esta institución se pueda tener como una entidad de efectos propios realizable mediante contrato sobre todos los elementos de la relación

(329) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 221, nota 6, supra nota (160)

(330) Hernández Gil, op. cit. p. 804, Real Academia Española, Diccionario cit., p. 885, supra nota (87)

obligatoria por indicarlo en forma genérica con la frase inicial con que comienza la norma, aún cuando se pudiera deducir que la limita por el contenido de su párrafo primero que expresa "variando su objeto o sus condiciones principales"; sin embargo, entendemos que esta indicación enfatiza que la modificación puede llevarse a cabo - también sobre dichos elementos con rango de principalidad, por la - simple utilización del verbo "variar" que emplea, que es igualmente sinónimo del que institucionaliza la consecuencia jurídica. (331) A nuestra opinión, el mencionado párrafo cumple una doble finalidad y una de ellas es precisamente ésta, es decir, es indicativo de que la modificación puede efectuarse sobre el objeto o las condiciones principales, sin que esa consecuencia se repunte como novación.

Concretamente es el artículo 1204 el que contempla la novación en el Código Civil, mediante dos formas por las que se puede - obtener: a través del *ánimus novandi* que debe declararse terminantemente, y por medio de incompatibilidad, como presunción objetiva de la novación, y ella podrá efectuarse únicamente sobre los elementos que señala taxativamente el artículo 1203, 1º, o sea, que cualquier sustitución que mediante la nueva obligación se quiera efectuar en los elementos de la primitiva obligación no es susceptible - de producir novación a no ser que ésta se efectue sobre el objeto,

(331) Cfr. Hernández Gil, *Ibid.*, pp. 804-805, que expresa entre otras cosas: "el núm. 1º del art. 1203 menciona y delimita el siguiente: "Variando su objeto o condiciones principales". Luego el - art. 1203 se refiere a la variación en el objeto o en las condiciones principales como uno de los supuestos determinantes de la consecuencia jurídica única que predica: la modificación. Mo dificar y variar coinciden. Si no se escribió "modificando" fue probablemente por evitar la repetición, en lo que el legislador de 1889 da constantes muestras de un cuidado muy digno de encomio".

las condiciones principales o la causa, lo que hace que éste artículo sea limitativo de la misma novación, por indicar sólo en cuáles pueden concurrir los medios que enuncia el artículo 1204, siendo esta la otra finalidad del párrafo 1º del artículo 1203.

Ambos artículos son inseparables, el 1.203 no es enunciativo de la novación, porque no la menciona y se manifiesta sólo — con relación a la modificación; el 1204, por sí mismo no la puede producir porque no es expresivo de los elementos sobre los cuales puede efectuarse, sino que encuentra su complemento en el — precedente sin que puede extenderse, por más que se quiera, a — otros elementos que no estén contemplados en aquel.

El *ánimus novandi*, como requisito esencial de la novación, en el Derecho español se exterioriza únicamente por medio de la declaración terminante que exige el art. 1204, con lo cual se elimina totalmente la posibilidad de buscarlo mediante una declaración tácita por no contemplar esta posibilidad esa norma. Para obtener la novación objetiva a través del *ánimus novandi*, la declaración terminante es fundamental, especialmente cuando la intención de las partes se ha puesto de manifiesto para obtener el resultado jurídico deseado que es la sustitución de una obligación por otra. Esta sustitución, que se quiere por voluntad de las partes, debe indicarse expresamente a fin de que el efecto extintivo se cumpla ya que de lo contrario nacerá la nueva obligación que coexistirá junto a la precedente, sin que se pueda extinguir ésta por incompatibilidad, pues la alteración sustancial del elemento sustituido no asume la voluntad de las partes cuyo propósito esencial es extinguir.

La incompatibilidad, que también es productora de la novación objetiva a través de una presunción, cumple dentro del ordenamiento una doble función: engloba la causa de la obligación cuando

la novación es de este tipo, y presume la novación por imposibilidad de cumplimiento y coexistencia de la obligación precedente, en donde de acuerdo a la literalidad de la norma que la exige que sea "de todo punto" no resulta de la comparación de todos y cada uno de los elementos de la obligación, sino precisamente por esa doble imposibilidad desde el punto de vista del cumplimiento como desde el punto de vista de la coexistencia, ya que muy diferente sería la interpretación si en vez de esa "de" empleara la preposición "en" toda vez que entonces sí la confrontación de ambas obligaciones deberá hacerse en uno por uno de los elementos (332).

Dejando la modificabilidad de las obligaciones, la disposición del art. 1203, 1º, limita la novación objetiva al objeto y a las condiciones principales de la obligación no por disposición de sí mismo, sino en cuanto concurren alguno de los dos requisitos del art. 1204, que se limitan a su vez a operar sólo sobre dichos elementos, por lo que de ahí consideremos que la novación objetiva en el Derecho español se excluya de otras condiciones u elementos que sean accidentales o secundarios y con el *ánimus novandi* tácito por encontrarse éstos carentes de toda justificación y mención normativa y de toda razón práctica. Entonces, al encontrarse limitada,

(332) Sobre la incompatibilidad y su determinación, Hernández Gil, op. cit., p. 806, expresa: "Bien puede decirse, parafraseando el texto legal, que sólo son de todo punto incompatibles dos obligaciones si lo son en todos los puntos. Por el contrario, si en algún punto son compatibles, ni son incompatibles en todos los puntos ni de todo punto. Una cosa de todo punto incompatible es, sin duda, aquella que no puede existir. Dos cosas de todo punto incompatibles son aquellas que, pudiendo existir separadamente, no pueden, sin embargo, coexistir. Hay pugna en suma, que se resuelve concediendo primacía a la obligación posterior y dando por extinguida a la anterior.

de igual modo lo estará también la voluntad autónoma de las partes contenida en el art. 1255 al alcance declarativo de dicho párrafo, por lo que se confirma su inoperatividad mediante manifestación tá cita y sobre los elementos secundarios.

La novación, que es sustitución, se obtendrá en los casos por incompatibilidad, cuando conjuntamente con la alteración de - cualquier elemento con carácter de principalidad, las partes acuer dan la creación de una nueva obligación que desde el momento de - su nacimiento va a impedir el cumplimiento y la coexistencia junto a ella de la primitiva obligación que le ha servido de soporte. Esta creación de la nueva obligación ya establece una gran diferen- cia con respecto a la modificación que no necesita, porque lógico es, de ese requisito que solo pertenece a la novación en su técni- ca jurídica y como modo de extinción de las obligaciones, evitándo se con ello que pueda hablarse de coexistencia o yuxtaposición de obligaciones.

CAPITULO SEGUNDO

PARTE PRIMERA

LA MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES Y EL CONTRATO DE MODIFICACION

1. EL ARTICULO 1203 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Como ya expusimos en la oportunidad anterior, será la voluntad de las partes la que venga a diferenciar la novación de la modificación de las obligaciones, requiriendo para cada una de estas instituciones un especial tipo de ánimus, y la consecuencia final que, por otro lado, se obtendrá en cada uno de estas por el distinto mecanismo que le es propio, porque mientras la novación es solamente extinción y creación de una nueva obligación que sustituye a otra anterior, sin que realmente exista una modificación (1), por el contrario, la modificación, que predica la subsistencia de la obligación modificada, se dirige a sustituir un determinado elemento, en que las partes acuerdan y sin que se extinga la relación obligatoria, en un sólo momento sin que los efectos de la variación influyan en la existencia normal y preestablecida de la obligación.

La modificabilidad de las obligaciones a que alude el art. 1203 del Código Civil, entonces, en ausencia de una regulación expresa

(1) Cfr. Buccisano, op. cit., p. 79, quien afirma que la novación, la datio in solutum y la compensación voluntaria no presuponen la modificación de la relación sobre la cual operan, pero determinan su extinción. Sin embargo, las exigencias prácticas que terminan la modificación de la relación no se pueden identificar con las diversas exigencias subyacentes a la novación objetiva y a las otras figuras sobreindicadas, donde la fase de modificación es superada, más que absorbida, por la extinción inmediata de la relación.

es permitida, al menos en principio para toda clase de obligaciones en el Derecho español, al amparo de lo establecido en los artículos 3º, 1º y 1255 del mismo texto legislativo.

El artículo 3º, 1º, se refiere a la interpretación de las normas jurídicas que se hará tomando en cuenta "el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas". Es decir, que sin atender solamente a las palabras de la norma y al espíritu y finalidad de ésta, hay que recurrir además a un contexto compuesto por los antecedentes históricos, legislativos y la realidad social, que juntos vienen a dar el verdadero sentido de la norma. Es innegable que todos estos factores internos y externos al artículo 1203 se han dado en todo momento hasta el presente como muchas veces ya lo hemos constatado con los antecedentes históricos y la realidad social que ha sido analizada por los fallos de los Tribunales así como por las diversas opiniones de los cultivadores y estudiosos de la doctrina científica del Derecho han emitido con relación al tema. Pero, es que además de dichos factores externos, la literalidad y el espíritu de la norma son en sí inconfundibles aunque erróneamente se encuentre dentro de una Sección que en la sistemática del Código corresponde a la fase de extinción de las obligaciones, no pudiéndose, por más que se quiera, atribuirle otro significado o dependencia distinto de la finalidad que el legislador le ha otorgado. Más claros no pueden ser los factores internos por medio de los cuales tanto la obligación como el vínculo obligatorio pueden ser modificados en alguno de los elementos objetivos en cuanto a --aquella, o con relación a cualquiera de los subjetivos que ya conforman ésta otra.

Por otro, la amplitud de criterio del artículo 1255 confiere más

que una posibilidad la seguridad de que al amparo suyo las obligaciones se modifiquen, cuando esta sea la intención de las partes. Esta norma es el fundamento de todos los contratos que se encuentran contemplados en el Código civil y que carecen de una normativa propia como lo son los atípicos. Aparte de ello, por la limitación que impone en el sentido de que los pactos, cláusulas y condiciones no deben ser contrarios a las leyes, la moral ni al orden público, no impide en ningún momento que al menos el contrato de modificación se pueda convenir entre las partes, pues como se afirma, "acreedor y deudor pueden al amparo del 1255 modificar su obligación primitiva sin destruirla" (2) La contrariedad a la ley, que no existe por la claridad literal del 1203, así como a la moral o al orden público, no puede encontrarse en el contrato en sí mismo, sino, tal vez, en alguna de sus cláusulas que obligue a cualquiera de las partes a cumplir una prestación imposible o ilícita, lo que daría como resultado que el contrato fuese malo, conforme al espíritu del artículo 1116, más no imposible.

Esta autonomía privada de la voluntad conjuntamente con los artículos 1203 y siguientes, a excepción del 1204, independiza y define el contenido del contrato de modificación, como luego lo veremos. Nos interesa por ahora ampliar el fundamento legal de éste con una distinta interpretación de varias normas jurídicas, y demostrar, contra lo que muchos creen, que la simple modificación

(2) Sancho Rebullida, op. cit., p. 309. El autor no acepta modificación del objeto y reduce ésta solo a aspectos secundarios de la obligación, cuando expone: "Primus y secundus pueden convenir en que el piso vendido se entregara dos meses después del plazo pactado; pero si lo alterado es el objeto (en vez del piso, el camión) o las condiciones principales (renuncia a la evicción), en realidad, nace una nueva obligación: los fiadores ya no responden de la entrega del camión o del pago del precio".

del contenido de la obligación no extingue esta ni crea una nueva que la sustituya.

El artículo 1203, aparte del empleo de tres verbos distintos en un solo tiempo que desembocan por la voluntad de las partes o por alguna regulación normativa en varias instituciones distintas como la novación, la subrogación, la transmisión del crédito y, cuando no exista *ánimus novandi*, en la llamada asunción de deuda, prescribe en la primera frase que "las obligaciones pueden modificarse", con lo que ya sienta la posibilidad, al menos en principio, de que las obligaciones no se extingan, aún cuando esta disposición se encuentra dentro de una Sección dedicada a uno de los modos de extinción de las obligaciones como es la novación (3). Sin embargo, esta institución, que en todos los casos debe ser introductora de una novedad, el *aliquid novi*, pues de lo contrario, se estaría entonces frente a un mero reconocimiento de la antigua obligación, no presupone la modificación, en los términos que ahora interesan, de la anterior obligación (4), sino la extinción de ésta y la creación de otra que debe diferir en alguno de los elementos de aquélla. Es más, con la novación, la obligación precedente se ha extinguido — sin sufrir ninguna mutación, todos sus elementos permanecieron — inalterables hasta el momento incluso en que las partes convinieron en novarla. Por otro lado, el efecto extintivo que el artículo 1204 prescribe, "para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya", queda supeditado, como ya lo hemos visto y lo —

(3) Pérez González y Alguer, op. cit., p. 416, afirman que "la novación no es expresión jurídica que tenga en el C. c. español — una significación rigurosa de modo de extinguir una obligación sino que puede significar igualmente modificación de la obligación.

(4) Véase, supra nota I.

afirman los comentaristas de Enneccerus-Lehman (5), a la declaración terminante y a la incompatibilidad, en el entendido de que ya se ha creado la nueva obligación y de que no es desplegable a ninguno de los supuestos ni a la totalidad del artículo 1203. Tanto es así — que ni aún en el de por cambio de deudor, en el que siempre se ha visto tradicionalmente la presencia de la novación el Derecho moderno a estas épocas admite la transmisión de la deuda (6) sin destruir el contenido de la obligación que queda subsistente, lo que — nos viene a demostrar una vez más que la modificación tal y como se encuentra expresada en el Código Civil no implica en todos los casos extinción (7). Y, ello es así porque el empleo de los verbos en cada uno de esos artículos se contraponen tanto en significado gramatical como en efectos jurídicos cuando un negocio bilateral es contempla-

(5) Op. cit., p. 417

(6) Cfr. Clemente de Diego, Instituciones cit., p. 407, afirma que la modificación de los sujetos consiste en su cambio o sustitución, permaneciendo la obligación inalterada, y evocando a Savigny, — que decía que el fenómeno de la sucesión era un cambio meramente subjetivo de las relaciones jurídicas, sostiene que en la transmisión no hay más que un problema de sucesión; Castán Tobeñas, op. cit., p. 248, dice que el Código civil, en orden a la transmisión pasiva sigue al francés y no prevee claramente una sucesión de deudas, puesto que solo regula la sustitución del deudor con los requisitos y efectos de la novación y ésta por tener un sentido amplio, permite llegar por la novación modificativa, a conclusiones muy avanzadas.

(7) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 165, quien acertadamente de termina con relación a la diferencia entre modificación y extinción, que la "decisión dependerá, fundamentalmente, de la voluntad de las partes del ánimo, pero dentro de ciertos límites". Efectivamente, hoy se sostiene que la determinación de si un cambio en el objeto implica objetivamente considerado novación extintiva o modificativa no es problema de la magnitud de la variación, sino casi siempre del ánimo".

tivo de alguno de los mecanismos que le son inherentes a la novación o a la modificación o acualquier otro transmisivo de obligaciones, como también lo hacen, por su lado, los que se mencionan en el mismo artículo 1203. Ninguno de éstos, que efectivamente se refieren a cambios o mejor dicho a modificaciones de la obligación o de la relación obligatoria, contiene alusión a la extinción; el giro gramatical con que se inicia cada uno de los tres párrafos da origen a las instituciones que hemos señalado y como dijimos en una oportunidad no limita la modificación que también es subrogación, cesión de crédito o asunción de deuda, en su aspecto objetivo "a sus condiciones principales", sino, todo lo contrario, a la novación a los que expresamente contiene, condicionada esta por la presencia del *ánimus novandi*.

Hemos dicho que la novación no entraña modificación de ninguna obligación, sin embargo, pareciera que en la subjetiva por cambio de deudor, conforme al artículo 1205, la transmisión pasiva de la deuda es imposible; transmisión que representa una modificación del vínculo jurídico que liga a las partes manteniendo subsistente el contenido de la obligación. Este artículo, en lo que interesa manifiesta que "la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo" viene a darnos a entender que la sustitución a que se refiere el número 2 del 1203 siempre será novación, pero analizándolo más detenidamente, se le puede objetar, entre otras cosas, que la "frase "que consiste en sustituirse" alude concretamente y no de un modo absoluto, cerrando tampoco la posibilidad de existencia a otras instituciones, a una de las formas negociales de extinción en la que no sólo no hay sustitución --no modificación-- del elemento subjetivo pasivo sino también de un vínculo (8). Distinto hubiera sido y con esto si se cerraría la posibilidad de la transmisión pasiva, si la expresión estuviera re

dactada así "que es sustitución", con lo que entonces se haría referencia en la norma a una de sus modalidades, la subjetiva. Pero, como la inclusión del verbo "consistir" permite considerar que de no todas las sustituciones del deudor resulta la novación y que esta última, por la incorrecta expresión de las normas, en el Código civil no representa para todos los casos la extinción de la relación obligatoria. También puede pensarse que la norma, en vez de querer limitar la sustitución del deudor a que alude el 1203, 2ª, a la novación, sugiere que para ésta en su aspecto subjetivo es necesario el consentimiento del acreedor como un requisito sustancial que no solo se agota en la constitución del contrato cuando se verifica ya sea entre las partes, entre el antiguo y nuevo deudor o entre el acreedor y el nuevo deudor, y con una finalidad eminentemente liberatoria del deudor sustituido, con miras a advertir que en su ausencia, el efecto primero del artículo 1206, sea la acción, puede dirigirse contra éste precisamente porque su liberación no se ha aceptado (9). En otras palabras, cuando, por ejemplo, se ha celebrado

-
- (8) Precisamente porque se extingue una obligación y se crea otra, en la anterior con respecto a la nueva sólo puede observarse — una continuidad del sujeto activo en ambas relaciones. Una relación obligatoria se extinguió con un deudor diferente y que no — es el mismo que responde con la misma obligación en el nuevo — vínculo que se ha creado.
- (9) González Pérez y Alguer, op. cit., p. 418, comentando el art. — 1205, han dado una interpretación un tanto diferente, con otros argumentos, mediante los cuales dicen: "En efecto, aunque el art. 1205, habla de "la novación que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo" y si bien por el ello el término — novación en uno de sus aspectos se presenta como "equivalente de sustitución de deudor", no se dice, en cambio, nada de lo — cual resulte que novación sea término igual a extinción de una obligación mediante la creación de otra. Si comparamos este artículo con el 1203 en su número segundo veremos que en uno la sustitución de deudor es igual a modificación y en el otro igual a novación, y de ahí que solo puede deducirse en consecuencia

un contrato novativo entre el antiguo y el nuevo deudor, la falta - del consentimiento del acreedor, que puede ser expreso o tácito y no inmediatamente después de realizado el convenio, provocalla invalidez del contrato y el deudor original continúa obligado frente a él. Pero, si el acreedor conociendo dicho convenio, a la hora de cobrar un crédito acciona contra el nuevo deudor, entonces tácitamente provoca: la perfección del contrato celebrado entre - los sujetos pasivos, que no lo era por falta de un requisito esencial, y la liberación del antiguo deudor, que hasta ese momento todavía se tenía como responsable de la obligación. Sin embargo, - cuando nos refiramos a la asunción de deudas (art. III2), trataremos de esclarecer la diferencia de ésta con la novación subjetiva y la aplicación del consentimiento no prejuzga para todos los casos la existencia de la novación, pues tanto se exige para cualquier otro tipo de modificación objetiva o subjetiva por subrogación.

Finalmente, dentro de estas normas reguladoras de los casos de novación, el artículo 1207 deje entrever que aún pese a cualquier modificación de los enunciados en el artículo 1203, la extinción de la obligación principal siempre lo será por la novación, - dando a entender también que la obligación no se extingue por los efectos de cualquier sustitución o modificación que se introduzca.

La transmisión del crédito implica también una modificación de la relación obligatoria que no conlleva tampoco a la extinción de la obligación, a pesar de que desde hace bastante tiempo se ha reconocido por la doctrina que este cambio no produce los mismos

-
- (cont. pág. ant.) ... o que modificación y novación son términos equivalentes desde el momento en que ambos son iguales a un tercero, o sea a la sustitución del deudor, o que esta sustitución puede implicar extinción o no implicarla.

efectos que si fuera desde el pasivo(10). Esta transmisión, como modificación, puede estudiarse desde el punto de vista de la subrogación como también desde el "De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales".

La subrogación, conforme al artículo 1203, 3º, en relación con el 1209 y siguientes, y que no implica novación (11), puede operar la transmisión del crédito mediante convenio celebrado entre el acreedor y un tercero con aprobación del deudor (art. 1210 2º), cuando se tiene derecho, porque "no se produce lisa y llanamente en todos los casos en que uno paga por otro" (12), a pagar a otro acreedor (art. 1210, 1º) y, en todos los casos en que el — fiador haya tenido que pagar al acreedor, en los derechos de éste contra el deudor (arts. 1839 y 1852)

(10) García Amigo, Manuel, Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato, en Revista de Derecho Privado, 1963, p. 40, afirma que "por lo que respecta a la transmisión de la titularidad activa se puede afirmar que la misma no afecta más que a los contratantes: al cedente, cuyo patrimonio padece una enajenación del crédito y, si es esta es onerosa, el ingreso de dinero u otra cosa; al patrimonio del cesionario, que recibe el crédito y, si la cesión es onerosa, la correspondiente salida de su patrimonio de una cantidad u otro bien. Al cedido, en cambio, no le afecta para nada la cesión: jurídicamente hablando, tan obligado sigue frente al nuevo deudor como lo estaba con el antiguo, adeudando la misma prestación que garantiza igualmente con todo su patrimonio.

(11) Pérez González y Alguer, Ibid, p. 408, sostienen: "No compartimos el parecer de ciertos tratadistas que entienden que entre la cesión y la subrogación media la diferencia de que aquella no produce novación y ésta sí. Esta tesis se halla en contradicción no solo con la identidad de efectos de una y otra operación (arts. 1212-1518), sino incluso con la letra de la ley, pues bien claramente expresa el art. 1212 que la subrogación "transfiere al subrogado el crédito". Frente a esto nada pueda obstar la circunstancia de que la subrogación sea sistematizada por el legislador dentro de la sección rela

Adquirido el crédito por el subrogado, conjuntamente se le transfieren los derechos a él anexos (art. 1212).

Pero, realmente lo que nos interesa es que conforme al art. 1209 "la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor", no produce la extinción y el nacimiento de otra relación obligatoria; el crédito con los derechos accesorios inherentes a él, prestados por terceros o fiadores, se transmiten sin mengua de su contenido y ni si—quiera en virtud de una nueva obligación, aún cuando fuere conven—cional o legal (13).

Concluido hasta aquí el análisis de las normas dedicadas en el - Código civil a la Sección de la Novación, vemos en consecuencia que a través de ellas la modificación proclamada en el artículo 1203 comprende a los elementos subjetivos, sin que necesariamente implique extinción de la obligación modificada, permitiendo así la transmisión de créditos y deudas, con lo que se viene a sentar una sólida base a partir de la cual se pueda construir, ya con mayores elementos de - juicio, toda una teoría para el contrato de modificación. Pero, como con las novación tampoco se agota la posibilidad de transmisión de -

(cont. pág. ant.). . . tiva a la novación, pues esta palabra en el - sentido que la emplea nuestro Código civil no significa neces—ariamente extinción, sino que puede significar también "modifica—ción".

(12) González Pérez y Alguer, Ibid, p. 408.

(13) Espín Cánovas, Sobre el pago con subrogación cit., p. 307, supra nota 46, afirma que el Código civil apartándose del sistema del Code Napoléon, trata la subrogación dentro de la novación confundiendo la novación por cambio de acreedor con aquélla y sostiene que "basta la lectura de estos textos legales para comprender como no obstante encontrarse estos artículos en la Sección de Novación no se trata de una forma novatoria, en el concepto clásico de la misma, de extinción de la obligación y crea—ción de otra nueva, sino de la transmisión pura y simple de una obligación en su aspecto activo".

los créditos y las deudas, conviene aún consolidar más, sobre lo que luego se va a construir, con el estudio de las otras que también se refieren a la modificabilidad de las relaciones obligatorias

La otra modificación sustitutiva subjetiva de la relación obligatoria por el lado activo está representada por la transmisión ó cesión de créditos, que regula el Código civil en los artículos — 1526 a 1536, dentro del contrato de compraventa como un capítulo de ésta. La cesión se puede efectuar mediante contrato o por disposición legal o judicial y se diferencia de la subrogación en que en esta hay un pago de un tercero, en ciertos casos, que asume el puesto del acreedor, mientras que en esta otra hay una transmisión o transferencia de un crédito del acreedor hacia un tercero, junto con todos los derechos accesorios (art. 1528), pero, en realidad, como señalan Pérez González y Alguer (14), no hay diferencia entre ambas por la identidad de objetos, especialmente en cuanto al consentimiento del deudor se refiere, que no es necesario para ninguno de los casos de transmisión activa (15). Este

(14) Véase supra nota 8. Igualmente, otros autores asemejan la cesión de créditos a la subrogación, indicándose que (Espín Cánovas, Sobre el pago cit., p. 326) deben ser estudiados conjuntamente, señalando solamente sus modalidades, diferenciándolas de la novación porque ellas no extingue la obligación (Castán Tobeñas, op. cit., p. 258) y porque para ésta se requiere el consentimiento de tres sujetos (Brugi, Biagio, Instituciones de Derecho Civil (Trad. 4ª ed. ital. por José Simo Borafull, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, pp. 400-401), Contrariamente, (Azurza, Notas cit. p. 612), se afirma que el reemplazo del nuevo acreedor no se efectúa como cesionario de un crédito preexistente, sino como acreedor de una obligación completamente nueva.

(15) Albaladejo García, op. cit., pp. 285 y 288, afirma que la modificación de la obligación por cambio de acreedor se realiza sin conocimiento ni consentimiento del deudor, requirién-

fenómenos tampoco provoca la extinción de la obligación y el nacimiento de otra, aunque nada impide, a tenor del artículo 1204, que las partes acuerden la cesión mediante la novación, pero entonces con los efectos de ésta.

La asunción de deuda, reconocida por el Código civil en los artículos 1112 y 1257, y por la moderna doctrina científica y jurisprudencial, es la que ha venido a retar importancia y funcionalidad a la novación subjetiva, porque, aparte de conservar íntegro el contenido de la obligación, facilita la transmisión de las deudas conservando para el nuevo deudor las mismas excepciones que podía oponerle el antiguo al acreedor, así como para éste, la indestructibilidad de las garantías accesorias que protegían su crédito. Ello es consecuencia lógica de la subsistencia de la misma obligación. (16).

El acto mediante el cual se realiza la asunción de la deuda es sin duda alguna el contrato, que podrá celebrarse entre el que asume la deuda con el acreedor o bien con el antiguo deudor, requirién

(cont. p. ág. ant.) ...dese de éste, para la subrogación, sólo su no oposición expresa. Sin embargo, creemos que el conocimiento, para seguridad del crédito del nuevo acreedor, debe hacerse después del convenio celebrado.

- (16) Cossio y Corral, La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular cit., pp. 188 y ss. supra nota 130, entre otras cosas afirma que a la transmisión se oponen razones históricas de una parte, y, de otra, consideraciones nacidas de la misma naturaleza de las cosas, y se pregunta si permaneciendo inalterado el objeto de la novación inter alias personas y variando solamente el sujeto activo o pasivo, no será la novación subjetiva - otra cosa que una verdadera transmisión de obligaciones. Sin embargo, concluyendo su trabajo, sostiene que la raíz de la transmisión de la deuda está en el acuerdo entre el acreedor y el -- nuevo deudor y que en ese sentido se manifiesta con tda claridad el art. 1205 del Código Civil.

dose para este último el consentimiento del acreedor, que puede ser manifestado expresa o tácitamente, previo o posterior a la celebración del convenio, siempre que los contratantes le hubieran comunicado la asunción de la deuda por el nuevo deudor. Aceptado el convenio por el acreedor, se produce la inmediata liberación del hasta entonces deudor. No obstante, como lo reconoce Albaladejo (17), también es permitido, al amparo de la libre contratación, que en la relación obligatoria ingrese un nuevo deudor "para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario" (18), lo cual representando un beneficio para el acreedor no precisa de su consentimiento siéndole también indiferente el conocimiento de tal negocio, con lo que se está frente a otra modalidad de la asunción denominada "asunción cumulativa de deuda", que también viene a provocar una alteración de la relación obligatoria y que en el fondo representa una modificación a una situación que hasta ese momento había permanecido invariable entre los sujetos y frente a terceros.

El acto de la asunción de deuda en sí se diferencia de la novación en que, si bien ambas instituciones promueven la sustitución del deudor y su liberación, con aquella el contenido de la obligación permanece o resulta inalterado sin que se provoque la extinción de la relación obligatoria, mientras que con la otra, los resultados son los contrarios, es decir, hay extinción de la antigua relación y el nacimiento de otra que además sustituye a la anterior. Como muy bien lo reconoce Sancho Rebullida (19), este mecanismo de la novación sub-

(17) Op. cit., p. 281

(18) Enneccerús-Lehmann, op. cit. p. 413.

(19) Op. cit., p. 393. El mismo autor a pág. 416, concluye que la asunción de deuda no es sinónimo de sucesión particular en la deuda, sino una modalidad del efecto novatorio por cambio de deudor y que por consistir en un contrato concluido entre el an

jetiva es una ficción, pues el nuevo deudor asume la misma obligación que debía el antiguo, tal vez demasiado complicada y gravosa para el acreedor que no querrá ver extinguidas las garantías que respaldan su crédito. Es por esto que esta nueva forma de transmisión de la deuda tenga más aceptación que la misma novación, - "por corresponden a un estado muy avanzado de desarrollo de las relaciones comerciales" (20).

Finalmente se encuentran otras normas que, permitiendo la modificación objetiva que es la que nos interesa, no aluden para nada a la extinción, tales como las de los números 1555, 2º, 1557, 1826, 1829, 1839, 1864, 1870, 1878 y 1880. Analicemos algunas de ellas.

Los artículos 1555, 2º y 1557, del contrato de arrendamiento de fincas, imponen respectivamente al arrendatario el uso de la cosa arrendada "como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra" y al arrendador, la imposibilidad de variar la forma de la cosa arrendada. El primero de ellos mediante pacto y con consentimiento del arrendador, permite el arrendatario darle un distinto uso a la cosa arrendada, aún contrario a su propia naturaleza. La anuencia del arrendador es imprescindible para que el arrendatario pueda darle un uso distinto a la cosa, pues si unilateralmente lo hiciere

(cont. pág. ant.)...tiguuo y el nuevo deudor cuya eficacia depende del asentimiento del acreedor y en el cual el ánimus novandi expreso lleva explícita o implícitamente la voluntad de subsistencia de todas las características de la prior obligatio, - es decir, la voluntad de que entre los intervinientes, la nova obligatio sea como si fuese la antigua misma.

(20) Clemente de Diego, Curso cit., p. 338.

no hay duda que será responsable de los daños y perjuicios que se le ocasionen. Este pacto de modificación de la cosa arrendada bien puede efectuarse mediante cláusula en el momento en que se celebra el de arrendamiento, o bien con posterioridad, a través de contrato, a éste, imponiéndosele el deber, aún cuando el uso sea contrario y con mucha más razón, de un "diligente padre de familia". En cuanto al otro artículo, el arrendador, que puede ser propietario o poseedor de la cosa, se halla limitado, una vez que la haya dado en arriendo, para modificarla. No impide la norma tampoco que conjuntamente con el arrendatario se modifique el objeto, pero tal alteración no puede ir nunca en detrimento del derecho del segundo, por lo que la modificación deberá efectuarse en su provecho. Igual responsabilidad le cabe al arrendador, que por el contrato causal se haya limitado en sus facultades, si unilateralmente varía la forma de la cosa, frente al arrendatario.

El artículo 1839 plantea dos supuestos: la subrogación del fiador en los derechos del acreedor y la transacción con éste del crédito, en cuyo caso, equiparable a una venta, no puede exigir del deudor más de lo que realmente haya pagado. Esto supone dos hipótesis a la vez: que el fiador haya pagado menos cantidad de la deuda, lo que provoca una disminución del crédito, o, que el fiador haya pagado una suma mayor al acreedor y así el quantum debido por el deudor a éste se vea aumentado. Sin entrar a resolver estas dos hipótesis no puede haber duda que dicha transacción ya sea que disminuya o aumente la deuda, implica una modificación objetiva, precisamente por recaer en la prestación que pesa todavía sobre el deudor, permitida por la Ley, aún cuando se agrave la condición económica de éste, y que tampoco significa extinción de la obligación y mucho menos del vínculo personal existente entre el antiguo acreedor y el deudor ni siquiera por incompatibili--

dad en el supuesto de que lo que realmente pagó el fiador hubiere aumentado considerablemente la prestación.

Especial atención merecen el 1880 y el 1870. El primero trata de la modificación del contrato de hipoteca y muy técnicamente sitúa esta como posterior a su constitución y previa a la extinción. Igual técnica es aplicable a las obligaciones en las que para su modificación el contrato debe situarse antes de la extinción de las mismas. La modificación de la hipoteca puede hacerse en relación a su autonomía con respecto a la obligación que garantiza, o, por el contrario, con la modificación misma del objeto de la obligación. Aunque para este segundo caso la hipoteca permanece inalterada, los efectos de la modificación se reflejan sobre ella, pudiendo provocar igualmente una modificación de sí misma. Sin que pueda parecer absurdo, si la ley permite la modificación y la transmisión del contrato de hipoteca, que con relación al derecho de crédito ocupa una posición secundaria, es indudable que su modificación, en algunos casos, puede obedecer a otra modificación efectuada en el objeto de la obligación, ya sea en cuanto a su extensión de lo que garantiza como también respecto a la forma. El segundo, con relación al contrato de prenda, aparte de la prohibición del uso de la cosa dada en prenda, constituye una modificación sustancial, incluso causal eficiente, de ese contrato en otro, como ocurre, por su parte, con la novación objetiva por incompatibilidad, con la diferencia de que en ésta se predica la extinción, mientras que con la otra, implícitamente se está autorizando la subsistencia transformada de la misma obligación (el no uso de la cosa, que equivale a no servirse de la misma -- arts. 1766 y 1767), sin que por el cambio contractual se debe tener por extinguido el contrato de prenda.

En consecuencia, determinada la modificación de las obligaciones con otras normas distintas de la del artículo 1203, sin que de las mismas se desprenda la posibilidad de extinción o la destrucción del vínculo obligatorio, nos queda, a modo de conclusión, aceptar que no toda sustitución o variación de los elementos subjetivos y objetivos produce, como muchos lo han querido ver, la novación. Negar la posibilidad de modificación de la obligación y de las relaciones obligatorias significaría un retroceso al avance constante y diario de la ciencia del Derecho, así como a los últimos logros que en este sentido ha obtenido la jurisprudencia. Si el mayor triunfo lo representa la transmisión pasiva de las deudas mediante el contrato de asunción de deuda, sin que se produzca la extinción del vínculo obligatorio, conservando las garantías y el nuevo deudor las excepciones, es lo cierto que mediante el mismo se allana el camino lo suficientemente como para construir una teoría que en principio sirva para elaborar el contrato de modificación en su aspecto objetivo, por la simple razón de que el artículo 1203 no otorga ninguna pauta, y aparte de permitir la junto con el 1255, no se encuentra en la legislación española normas algunas, excepto las de la contratación en general, que al menos en principio indiquen sus lineamientos y caracteres particulares. Pero, pese a ello, no hay duda que esta institución, que en la sistemática de la ley codificada ha de estar entre la constitución y la extinción de las obligaciones, ya representa un buen grado de avanzada respecto a otros Códigos hijos del Code Napoléon y su importancia actual no estriba en pretender, como sucedió en la legislación alemana, eliminar y reducir la novación a una esfera secundaria (21), puesto que es

(21) Bigiavi, Walter, Novación y sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código civil italiano (Trad. Beltrán de Heredia), en Revista de Derecho privado, 1943, p. 491, afirma:

ta también dentro de esa sistemática que antes hablamos ocupa el lugar que le corresponde, sino en facilitar y agilizar a los sujetos el desarrollo de una actividad que se encamina a un cumplimiento normal de las obligaciones.

Con el recurrir a otras normas e instituciones para comprobar que la simple literalidad del artículo 1203 no fue una ligereza (22) del legislador español a la hora de redactar el Código civil, no se pretende desvalorizar la disposición de dicha norma, sino, contrariamente, demostrar que aún cuando se encuentre — dentro de la Sección de la Novación, cualquier variación o sustitución no provocan la extinción y la creación de otra obligación si los requisitos exigidos por el artículo 1204, declaración terminante o incompatibilidad, no han sido manifiestos. La subsistencia modificada de la obligación es el predicado básico de esta figura contractual y es a partir de este efecto que debe elaborarse su teoría, aunque de antemano creemos que será muy diferente de la que respalda y sirve de asidero a los de cesión del crédito, subrogación y asunción de deuda, por cuanto las consecuencias que se puedan derivar para la modificación objetiva en mu—

(cont. pág. ant.). . . "cuando, en efecto, el ordenamiento jurídico admita la sucesión particular en la deuda, debe relegar a segundo plano a la novación, bien prescindiendo en absoluto de su regulación (lo cual no excluye que sea admisible por voluntad de las partes) o tratando solamente de la novación — objetiva, no excluyendo aún en este caso que las partes, puedan, si lo quieren, recurrir a una novación subjetiva. En ningún caso, en cambio, es preciso dar a la novación la preeminencia reenviando a ella para la regulación particular en la deuda. . . "

- (22) Cfr. aunque no en idénticas palabras, las críticas que formulan Sancho Rebullida, op. cit., p. 297, y ss. y Cristóbal-Montes, op. cit., p. 1176 y ss., al artículo 1203 y la tratativa de la novación en general en el Código civil.

chos casos resultarán incompatibles con las de estos contratos mo
dificativos subjetivos.

2. OPINION DE LA DOCTRINA

La doctrina reciente ha sido favorable en pronunciarse en cu
anto a la modificación de las obligaciones, concretamente cuando ella
atiende a la prestación, sin que debido a tal variación, y en esto -
rompe totalmente con la doctrina tradicionalista, deba producirse
la novación, en la que por su influencia los textos legislativos, aún
de los más modernos, contemplan el fenómeno bajo el ángulo visual
de dicho instituto (23).

Frente a este nuevo y reciente giro de la doctrina conviene co-
nocer, antes de lo que se ha dicho acerca de la legislación españo
la, cual ha sido la opinión de la extranjera en torno al asunto.

La legislación alemana rompiendo con los moldes instituciona--
les del Code Napoléon, releva la novación a un segundo plano, suje
tándola al amparo de la libertad de contratación y creando en su lu
gar, "el contrato de transformación de deuda", y el "contrato de -
transformación de una relación de obligaciones" (24), y previo a -

(23) Cfr. Giorgianni, Michele, voce Obbligazione (Diritto privato)
en Novissimo digesto italiano, XI, 1965, p. 607.

(24) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 370, diferenciando si la -
constitución del nuevo crédito se hace mediante negocio abs--
tracto o sea independientemente de la extinción de la antigua -
obligación, o que la constitución y la extinción se operen en un
solo negocio causal, ofrecen tres supuestos bien diferenciados:
"A) la extinción contractual de un crédito existente en virtud
de la constitución de una nueva obligación abstracta, negocio -
real y perfectamente paralelo a la novación romana y para el -
cual es mejor conservar la denominación de "novación"; B) el
contrato (causal) por el cual un crédito existente se transforma
en uno nuevo que lo sustituye y que por esto lo extingue: lo lla-

éstos, que atienden a modos de extinción, introduce la modificación convencional de las obligaciones, argumentándose entre otras cosas que si tanto ciertos derechos reales como el usufructo y la prenda pueden ser modificados mediante contrato como que, también un crédito puede ser transmitido por cesión o asunción sin perder su identidad, "no hay razón alguna para que no puede convenirse también con respecto al contenido una modificación de un punto esencial sin que por ello se destruya la relación obligatoria" (25).

Ahora bien, según estos mismos autores, "la cuestión de si en virtud de un contrato la relación obligatoria se modifica meramente o si se extingue estableciéndose otra en su lugar, no ha de juzgarse, pues, esquemáticamente, por la naturaleza jurídica de la cláusula modificada, sino conforme a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación. En la duda, es de suponer el efecto más débil, o sea la modificación, ya que, en este caso, no desaparecen las garantías que aseguran el crédito" (26). Efectivamente, como correctamente lo señalan, el determinar si hay modificación o extinción ha de verse por la voluntad

(cont. pág. ant.)... mamos "contrato de transformación de deuda"; C) el contrato por el cual toda una relación obligatoria es extinguida y sustituida por una nueva: lo calificamos de "transformación de una relación de obligaciones".

(25) Enneccerus-Lehman, Ibid., pp. 219-220

(26) Enneccerus-Lehmann, Ibid., p. 220, nota 4, transcriben que - la relación obligatoria es una nueva si las partes así lo querían o se manifiesta, desde el ángulo económico, como relación completamente distinta. Tanto el aumento o reducción del precio, el dar trigo de mejor calidad que otro, han de configurarse como una mera modificación de la relación obligatoria existente, pero, si el cambio del arrendamiento lo es por una compra venta o de un caballo por la de un coche, entonces se tratará de un nuevo contrato.

de las partes preferentemente y por encima de cualquier otra - consideración, ya que ella es quien, en definitiva, aún sobreponiéndose a otras eminentemente objetivas, va a establecer uno u otro resultado. Sin embargo, atendiendo a esos argumentos, conviene cuestionarse hasta que punto la significación económica de la modificación es suficiente y absoluta para determinar o no extinción?, como, por otro lado, preguntarse también, a la duda de qué se refieren, si lo es de la voluntad o de la significación económica, cada una vista separadamente o la que se obtenga de estas dos caracterizaciones cuando se valoren unidas para suponer el afecto más débil?

Antes de intentar nuestra respuesta, conviene hacer notar - que la solución es de suma importancia debido a que el argumento transcrito es el fundamento de una basta corriente doctrinal y jurisprudencial de la legislación española (27).

Si ha de verse una extinción, creemos que la significación económica es totalmente intransigente para determinarla, porque si por una parte se admite que mediante el contrato de modificación las partes pueden disminuir considerablemente el valor del crédito sin que aquella se produzca, qué impide u obstaculiza considerar que una alteración por la que las partes convengan en un aumento del quantum debido o en el cambio de un bien

(27) Cfr. Pérez González y Alguer, Notas a Derecho cit., de Enneccerus-Lehmann, p. 225; Sancho Rebullida, op. cit., pp. 349-250, quien atribuye un significado económico al ánimus novandi en vez del de voluntad de extinción; Castán Tobeñas, op. cit., p. 291; Espín Cánovas, op. cit., p. 157; Tribunal Supremo, Sentencias, 30 diciembre 1935, 27 abril y 11 junio 1947, 10 febrero 1950, 21 abril 1951, 3 mayo 1958, 20 diciembre 1960, 6 noviembre 1971, entre muchas.

de mejor calidad ha de suponer que ésta no es también una modificación? Siendo insuficiente el elemento económico para arribar a una conclusión que opte por la subsistencia o la extinción de la relación obligatoria, por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de la cláusula modificada consideramos que si puede obtenerse alguno de estos dos efectos, especialmente el extintivo, — cuando la sustitución de algún elemento importe obligatoriamente la aplicación de otras normas jurídicas ajenas a las que hasta ese momento de la modificación lo eran, como resultaría si en vez de las del arrendamiento le sean aplicables ahora las de la compraventa, lo que ya supone un contrato totalmente distinto. En este sentido, la voluntad de las partes vendría a quedar sustituida, aún cuando ellas crean que lo que han efectuado es una modificación, no por la magnitud del cambio, sino por la aplicación de un régimen jurídico muy diferente del que se aplicaba cuando se creó el contrato y nacieron de él las obligaciones.

Por otro lado, si en cuanto a la duda se ha de suponer el efecto más débil, es lógico que ella ha de establecerse en lo que atañe a la voluntad de las partes, no por éstas que de antemano sabrán si lo que quieren es la extinción de una relación y el nacimiento de otra, o la subsistencia modificada de la misma, sino — por el Juez, que ha de interpretar esa voluntad. Pero, aún así, qué lo autoriza a éste para que sus razonamientos prevalezcan — por encima de lo que las partes han deseado? El principio de libertad de contratación quedaría entonces en nada si son los tribunales quienes en última instancia vienen a determinar una interpretación de la voluntad, incluso todavía en los casos en que ni siquiera exista una manifiesta violación a la ley, a la moral o al orden público. La duda quedaría, en consecuencia, relegada a la determinación de la aplicación de las mismas u otras distintas nor

mas jurídicas, más no sirve para la valoración de la voluntad - de las partes calificando extinción o modificación según los casos, pues cuando éstas contratan lo hacen con fundamento en un específico tipo de ánimus que se define y delimita con el consentimiento. Con relación, ahora, a la significación económica, que duda puede haber ante una evidencia tan palpable si los efectos son los mismos tanto porque se aumente o disminuya una prestación. Jurídicamente no puede buscarse un distinto tratamiento normativo en el supuesto de que la prestación aumente de valor pues igual consecuencia habrá entonces de tenerse en cuenta para los casos en que la misma se disminuya con ventaja suficiente para el deudor. Realmente, la duda que supone el efecto más débil, contrariamente a lo que los autores proponen, ha de estarse también a la naturaleza misma de la cláusula modificada, puesto que si alegan para justificar la modificación la permanencia de las garantías que aseguran el crédito, y no es que con esto atacemos el contrato de modificación, igual resultado se podrá obtener, en los casos de extinción, si se les requiere el consentimiento a los fiadores y terceros garantes con prenda o hipoteca, cuando por la naturaleza de esa cláusula debe considerarse la creación de otra relación obligatoria, ya que la misma ley, en la novación, no impide que esos terceros puedan prestar también su consentimiento. En otras palabras, ni la voluntad de las partes, ni la significación económica y mucho menos, la justificación de subsistencia de las garantías, son factores que hagan suponer efectos radicales que determinen la extinción o la modificación de las relaciones obligatorias; será siempre, con atención única, la cláusula modificada y la regulación jurídica que ella requiera la que en definitiva vengán a establecer si hay extinción o no, especialmente cuando una vez producida se haga re

cesario, porque su propia naturaleza ya lo exige, someterla a una normativa jurídica diferente que tutele los nuevos intereses de las partes, y es a ésta y a su naturaleza jurídica que en la duda ha de suponerse el efecto más débil.

Del mismo modo que se admite en el Derecho alemán la modificación del contrato y de la relación obligatoria, se igual manera se puede "modificar un crédito existente sin destruir su identidad y, por regla general, o sea siempre que razones especiales no justifiquen la hipótesis del efecto más fuerte, la intención de las partes no irá dirigida sino a que el crédito se modifique sin perjuicio de su identidad" (28). Nuevamente se nota la entrada en consideración de los efectos y de "razones especiales" que hacen suponer una consecuencia anormal de la misma modificación y que pareciera por esta nota que siempre ha de tenerse en cuenta "la significación económica". Los razonamientos anteriormente expuestos valen para la objeción que quiera hacerse contra la justificación del efecto más fuerte. Sólo nos interesa, por conclusión, que será la voluntad de las partes la indiciaria de la magnitud de la modificación, atendiendo a un especial tipo de ánimo, sin que ésa, sea por su quantum como por sus distintas cualidades, venga a hacer suponer que se está frente a otra obligación crediticia. La identidad del crédito depende de la voluntad que se siga considerando crédito, respondiendo eso sí a su misma causa de originación, el interés del acreedor hacia la satisfacción de la prestación y sólo será dicha voluntad la que en definitiva configure o no la modificación.

(28) Ennecerus-Lehmann, Ibid. p. 369.

Por lo que respecta a la doctrina y legislación italiana, no ha existido por parte de ambas consideración alguna que obstaculice el que la modificación se efectúe en el negocio jurídico como en la obligación misma (29).

El negocio jurídico, después de su constitución, puede ser modificado o destruido, y en este caso, sustituido por otro negocio. La modificación en el mismo puede producir la sustitución de una determinada parte sin necesidad de reproducirlo ni repetirlo íntegramente, o bien, que por ella venga del todo reproducido y repetido. Esta segunda posible consecuencia, es lo — que se ha denominado "renovación" del negocio (30), en donde no sólo ha de apreciarse la modificación, sino también la abolición del precedente y la sustitución por el nuevo.

En lo que se refiere a la modificación de la relación, las — partes pueden referirla "a) a la fuente de la obligación, b) a la causa, c) al objeto, d) en general, al contenido (en particular, éste o aquel elemento del contenido de una relación), e) los sujetos" (31)

(29) Cfr. Branca, Istituzioni cit., pp. 409 y ss.; Cariota Ferrara, Luigi, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano (Morano editore, Napoli, s/a), pp. 690 y ss.; Schlesinger, — Mancanza cit., p. 353 y ss.; Giorgianni, voce cit. p. 606 y ss., entre otros.

(30) Cfr. Cariota Ferrara, op. cit., p. 691 y nota 38 a pp. 468-469. Igualmente, Sancho Rebullida, op. cit., p. 332; Trabucchi, Istituzioni cit., p. 579, que afirma; "No se trata de — una nueva relación obligatoria, como en la novación; hay so lamente una mutación extrínseca en la fuente de la relación, porque las partes, quieren para evitar discusiones, quieren para aclarar los términos de un precedente contrato... , se ponen de acuerdo reproduciendo en sus términos objetivos un precedente negocio".

Sin que se produzca la extinción de la relación obligatoria, la modificación objetiva voluntaria no parece "poner ninguna limitación a la autonomía de los sujetos, los cuales podrían aportar la más radical modificación al objeto, dejando sin embargo intacta la relación obligatoria, en donde esté ausente el *ánimus novandi*" (32). Pero, no obstante que se predica la modificación de la relación, el cambio total del objeto se ha entendido por lo que se llama subrogación real (33), que por voluntad de la ley, "se sustituye una cosa por otra como objeto de la relación" (34) por una parte, como también, por la otra, se permite, cuando la prestación venga modificada por culpa del deudor o por imposibilidad parcial o total sobrevenida imputable a él, la denominada *perpetuatio obligationis*, "o bien sea el fenómeno por el cual, bien siendo mutado radicalmente el objeto de la obligación -- que se reduce al resarcimiento del daño--, la relación mantiene las originarias características" (35).

Sin embargo, estas modificaciones del objeto de la obligación por disposición de la ley no nos interesan, sino aquella voluntaria y convencional que llevan a cabo las partes, como lo harían con la novación. La solución vendría dada por el mismo artículo 1230, parte primera, del Código Civil, aunque referido a

(31) Branca, op. cit., p. 409.

(32) Giorgianni, op. cit., p. 607

(33) Cfr. Branca, op. cit., p. 410; Trabucchi, op. cit., p. 580; Giorgianni, ibid., p. 607.

(34) Trabucchi, ibid., p. 580.

(35) Cfr. Giorgianni, ibid., p. 607; Trabucchi, op. cit., p. 580, dice que en los casos de modificaciones legales o judiciales, la *perpetuatio obligationis* se tiene cuando la obligación del resarcimiento sustituye la obligación a la prestación originaria no ejecutada por culpa del deudor.

la novación, en tanto no se declare de querer la novación. Mediante éste, las partes sustituyen a una prestación por otra (36) salva guardando la obligación, es decir, que por ella no se "transforma la situación jurídica preexistente, conservando íntegro, en su núcleo esencial, el interés interno y, de máxima, el ordenamiento normativo correspondiente. En esta identidad se concreta la continuidad de la situación jurídica modificada" (37). Efectivamente, — mientras no se declare el ánimus novandi se estará frente a una — modificación, viniendo a ser el mismo el elemento diferenciador de ésta con la novación, pues, por otro lado, conforme al espíritu — del artículo 1231, si no puede haber esta última en las modificaciones accesorias por falta de una alteración relevante en la obligación y porque no sea crea con ellas ninguna otra nueva obligación que pueda sustituir a la precedente, entonces, las que se lleven a cabo en el objeto o el contenido de la obligación se diferenciarán de la novación precisamente por la ausencia del ánimus novandi. Pese a ello, la doctrina misma no se muestra muy partidaria de esta clase de modificación y si bien algunos aceptan su admisión por causa de incumplimiento de la obligación (38), otros, se preguntan, si la sustitución del objeto o del título significan extinción de la obligación y si por el significado de la expresión "modificación del

(36) Cfr. Barassi, op. cit., p. 268.

(37) Buccisano, op. cit., p. 66.

(38) Cfr. De Cupis, Istituzioni de Diritto privato cit., pp. 109-110, quien afirma que el incumplimiento puede influir variablemente sobre la vida de la obligación, causando la modificación objetiva o la extinción de ésta, y concretiza, que la modificación objetiva puede consistir en la sustitución de la prestación originaria como en la reducción o en la añadidura de otra prestación.

objeto" se debe entender modificación cuantitativa o cualitativa o bien una u otra juntas (39).

Finalmente, veamos lo que la doctrina española ha manifestado acerca de la modificación de las obligaciones, de acuerdo al espíritu del artículo 1203 del Código civil. Creemos, sin embargo, que es imposible, dada la íntima conexión de dicha norma con la novación, encontrar indicación alguna que no aluda directamente o indirectamente, o que se halle en función con ese anormal modo de extinción de las obligaciones.

Los primeros síntomas de la modificación de las obligaciones, aunque expuestos con palabras un tanto desconcertantes, se encuentran en la obra de García Goyena (40), que afirmaba que una obligación se modifica, "cuando se sustituye uno en vez de otro deudor, ó uno en vez de otro acreedor, ó se suprimen o -- crean fianzas, ó se exigen o perdonan usuras, quedando siempre existente la deuda principal" (41). Es decir, el autor distingue perfectamente entre modificación y novación y a pesar de que entiende que la primera no conlleva la destrucción de una obligación, no deslinda uno y otro conceptos, sino que, por el contra

(39) Cfr. Perlinguieri, Pietro, Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni (Jovene editore, Università degli Studi di Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile, Camerino, 1972) 2, pp. 34 y ss.

(40) Febrero reformado cit., p. 182, nº 4140, en cuanto a la novación, manifiesta "que no puede menos de conocerse por la definición que de ella hemos dado, o consiste en la modificación de una obligación, ó en su destrucción, sustituyéndola en este último caso con otra nueva; así que puede decirse con razón, que en todo rigor no siempre la novación lleva consigo la destrucción de una obligación; pero no obstante la comprendemos entre los modos de extinguirse las obligaciones, porque así lo hace la citada Ley de Partida, y de igual manera es considerada por los juristas".

(41) García Goyena, ibid. p. 182.

rio, los compenetra de un modo indisoluble, aún cuando en párrafos distintos manifieste: "se verifica la modificación de una obligación por medio de la novación siempre que quedando lo principal de la obligación preexistente se modifica en alguna de sus partes... Se verifica la destrucción de una obligación cuando en lugar de la que antes existía se crea otra nueva: como en el ejemplo que ya hemos puesto de cuando lo que uno debe por precio de venta se obliga a pagarlo por préstamo..." (42). Tal vez, debido a esta mezcla de los conceptos, haciendo a la modificación dependiente de la novación y como una subespecie suya, es que ha debido arrancar toda la posterior literatura, siendo hasta estas fechas con excepción de algunos que todavía se resisten a admitir y, sobre todo, separar los conceptos, como luego veremos, que se ha podido entender que los mismos, dentro de una correcta sistemática, son conceptos autónomos e indisolubles por corresponder a fases distintas de la vida de una obligación. Esta dependencia de los conceptos ha llevado a otros autores a entender la novación como una modificación (43), cuando en realidad, como ya lo vimos, funcionalmente no existe nada de esto; y, en relación con la misma modificación, si bien han manifestado que se puede llevar a cabo sobre el objeto, los sujetos o a la relación misma, incluida la causa (44), llegan a preguntarse "si no hay novación en

(42) García Goyena, Ibid, p. 182.

(43) Cfr. Clemente de Diego y Navarro de Palencia, Efectos novatorios cit., p. 480, quienes afirman que "ese modo de extinción sustancialmente consiste en una modificación de la obligación...". En igual sentido, Manresa, Comentarios cit., p. 418, afirma, "se entiende, pues, por novación, la sustitución o cambio de una obligación por otra posterior, que extingue o modifica la primera..."

el sentido técnico de la palabra con efecto extintivo para la primera obligación. ¿No habrá novación en sentido lato, con efecto modificativo tan sólo de la primera obligación en alguno de - sus elementos o pormenores? ¿No habrá una novación parcial, si es lícito hablar este lenguaje, aceptado, por otra parte, por el Tribunal Supremo, en cuanto a la exigibilidad del pago de la primera obligación, dada la estipulación de una forma de pago común a las dos obligaciones reducidas a una suma total y descompuesta ésta en plazos sucesivos integrantes en ella?... " (45).

En esta antigua doctrina, como se puede observar, toda modificación gira en torno al concepto de novación que ni aún en - su sentido literal, porque necesariamente arrastra también el - técnico, puede implicar modificación, como tampoco, inversamente, ésta es una novación siquiera parcial, pues no produce ninguna extinción del elemento que si es sustituido, pero, véase - claro, que la sustitución que opera, por el tipo de ánimus que -

(44) Cfr. Clemente de Diego, Instituciones cit., pp. 407 y 426.

(45) Clemente de Diego y Navarro de Palencia, op. cit., p. 479. Estos mismos autores dicen que "la razón concibe, en efecto, que la modificación sustancial de una obligación está - muy cerca de la novación, porque al desaparecer el quido - esencial que determina la identidad de aquella, la que se engendra en la modificación ya no es la misma antigua modificación (idem) sino otra nueva; pero también concibe la razón y los términos y soluciones de los Códigos lo hacen posible, que las modificaciones puramente accidentales introducidas en una obligación, como no aventan su identidad fundamental, están lejos de la novación y sólo darán paso a la - existencia de la antigua obligación modificada o de varias - obligaciones con influjo modificativo y derogatorio parcial de las unas para con las otras". Véase, Ibid., p. 481.

acompaña a la modificación, no produce extinción como ocurre en la novación, sino un reemplazo del elemento, lo que provoca que el sustituido se coloque en un extra-jurídico sin ninguna relevancia para el Derecho, como si la conserva aún la relación que se extinguió por la novación.

Ha sido la moderna doctrina la que ha arribado a separar los campos que corresponden a cada fenómeno y aunque mucha de ella continúa asociando la modificación a la novación hasta conservar la dominación de "novación modificativa", que a nuestro juicio representa un contrasentido, y que en sus inicios con razonamientos más que todo extraídos de la realidad, ha dicho que "la simple modificación de la obligación o novación modificativa es la práctica tiene mayor importancia y es más frecuente que la novación propia o extintiva, pues no acarrea la serie de inconvenientes que derivan de ésta última por la destrucción del primitivo vínculo obligatorio y con él los derechos que lo garantizaban" (46), llegando a proponer no tratar a la novación entre los modos de extinción de las obligaciones, sino como modificación o transformación de las mismas al igual que lo hicieron los autores alemanes que la estudian en el capítulo de la "modificación de las obligaciones" (47). No hay duda que existe un grave error de apreciación por parte del autor, por varias razones, -

(46) Díaz Pairó, op. cit., p. 109, por otra parte, Castán Tobeñas, op. cit., p. 348, afirma: "Hay, pues, una opinión dominante en favor de la concepción amplia de la novación y de la admisión de una "novación modificativa". Este actual sentido en nuestro Derecho, a pesar de sus inconvenientes sistemáticos, es, en realidad, práctico y ventajoso por su flexibilidad, pues permite adoptar con toda sencillez las soluciones jurídicas, en cada caso, a la voluntad de las partes y a las necesidades del tráfico".

(47) Cfr. Castán Tobeñas, op. cit., p. 348, nota 4.

entre las que destacan en primer lugar que el derecho alemán no confunde la novación en el capítulo que dedica a la modificación convencional de las obligaciones, sino dentro de una correcta sistemática, primero porque se refiere a ésta y luego, en capítulo aparte, trata de lo relativo a la extinción lo que hace que ambos institutos sean inconfundibles por dirigirse a situaciones distintas; en segundo lugar, pretender que la novación no sea un modo de extinción de las obligaciones provoca, porque es lógico, que ya no sea novación y que sus efectos, concretamente al desaparecer el extintivo, produzcan la subsistencia de la anterior obligación junto a la nueva que se crea, teniendo, entonces, las partes que hacer frente a una acumulación de obligaciones. Definitivamente, pretender que la novación sea modificación como considerar inversamente que ésta arrastre con la denominación de aquella, son posturas que, aparte de contradictorias no se pueden aceptar por incompatibles e ilógicas en su significado y efectos.

Casi en esta misma línea de apreciación es el pensamiento de Espín Cánovas, quien ha dicho que esta "novación meramente modificativa" que se ha ido construyendo en la doctrina científica y jurisprudencial al amparo de la defectuosa regulación legal, no es más que una aplicación del principio de autonomía de la voluntad a la novación, para desfigurarla (48), y que a nuestro entender ha llegado incluso más lejos, cuando afirma que esta novación modificativa o imperfecta también exige declaración expresa o incompatibilidad entre ambas obligaciones. . . " (49). En este sentido, considerados que el error es grande por la simple razón

(48) Manual cit., p. 155.

(49) Espín Cánovas, Ibid., p. 154.

zón de que con la modificación de la obligación no se crea otra nueva como sucede en la novación y que por lo tanto los requisitos que se exigen para ésta en el artículo 1204, solamente el de la incompatibilidad es innecesario para establecer una identificación de la misma, no así el de la declaración expresa que le sirve para exteriorizar el ánimus que a ella le corresponde, como también lo hace por su parte con la novación. Pero, el hecho de que se valga del requisito establecido por la ley para la novación no debe significar que uno y otro conceptos son dependientes, si no, antes bien, que el mismo sirve para proclamar su separación de aquél y para demostrar que por su mecanismo la modificación no se proyecta "sobre la relación obligatoria en su conjunto" (50). El espíritu de la norma antes citada, en cuanto a la incompatibilidad, es que la novación se produzca ante el nacimiento de otra obligación; de ahí que no sirva para la modificación.

Hernández Gil, por su parte y como ya lo hemos visto, distingue junto a la novación propiamente dicha otra impropia o modificativa que contempla el Código Civil en el artículo 1203 y que encuentra su ámbito cabalmente porque no hay necesidad de "introducirse en los dominios del artículo 1204" y no requiere de un particular ánimus novandi (51). Alegando, por un lado, razones

(50) Hernández Gil, Antonio, Dictámenes (Sucesores de Rivadeneyra, S. A., Madrid, 1968), I, p. 425.

(51) El ámbito de la novación objetiva modificativa, cit., pp. 801 y 805. Como la novación no se rige, afirma, por las reglas generales de exteriorización e interpretación de la voluntad, sino que especialmente se exige la concurrencia del tradicionalmente llamado ánimus novandi, diversamente la meramente modificativa, en cuanto a su constitución, se rige por las reglas generales de la exteriorización e interpretación de la voluntad, no requiriéndose, por tanto, un particular ánimus novandi.

históricas que demuestran el desgaste sufrido en el tiempo de la viaje y tradicional concepción romana de la novación, como, por otro, argumentos extraídos de una moderna realidad económica que exige agilidad y flexibilidad de todos los instrumentos jurídicos, llega a admitir esta otra figura, que desprovista de un alcance destructor, que en el régimen del Código civil "no incorpora siempre y necesariamente un efecto extintivo respecto de una relación obligatoria precedente" (52), aún cuando se cuente en uno de los modos de extinción.

Pero es que aparte de considerar la posibilidad de modificación de las obligaciones por imposibilidad de la prestación, que por su mismo estado da lugar a otros efectos y que permite sustituir el cumplimiento específico por uno subrogado como sería la indemnización por daños y perjuicios, reconoce que hay actos de ejercicio en los derechos de obligaciones que no producen la extinción y que tanto "la transmisión del crédito y la cesión de contrato como sucesión en la total posición jurídica de una de las partes, muestran la subsistencia y circulación del derecho de crédito (53).

Con bastante similitud a la posición de Espín Cánovas, vista supra, afirma que "una reducción del importe de la deuda entraña la novación de la obligación, y la novación, aunque sea meramente modificativa, requiere una declaración de voluntad terminante (art. 1204), cometido que no llega a desempeñar, pese a su general fuerza vinculante, la abstención" (54). Dejando aparte -

(52) Ibid., p. 797.

(53) Hernández Gil, Derecho de obligaciones cit., pp. 35 y 100.

(54) Hernández Gil, Ibid., p. 307.

si la abstención puede traducirse en declaración de voluntad terminante, cosa que nosotros entendemos imposible, y aparte de los argumentos que expusimos en la anterior oportunidad, el hecho de que en el Derecho español la modificación arrastre la denominación de "novación", no significa que la declaración terminante, conforme a los términos del artículo 1204 sea correlativa también a ésta, sino que la exigencia de la misma, que es traductora de la voluntad de las partes, viene impuesta por la necesidad de distinguirla de la otra institución que también se vale de ella. Entonces, se puede decir que la declaración terminante se subre de una doble máscara cada una expresiva de un distinto tipo de ánius, sin que la mal llamada "novación modificativa" deje de ser tal cada vez que haya alguna variación. Por otra parte, si bien la declaración terminante, conforme a las normas del Código civil, en principio sólo se circunscribe al ámbito de la novación, su necesidad para la modificación se vuelve imperativa, ya que como muy claramente lo indica el mismo autor, si "habiendo una variación en el objeto o en las condiciones principales de una determinada obligación, la novación es extintiva si además así lo quieren las partes a través de una declaración terminante" (55), con mucho más razón para evitar ese efecto fatal de la novación y predicar en su lugar la subsistencia de la obligación, cobrando especial importancia, aún cuando no se tenga, en principio, como requisito de la modificación, aparte de que con ella se puede evitar calificar la alteración como novación por incompatibilidad, aun que como sabemos con la modificación no se crea una nueva obligación.

(55) Hernández Gil, El ámbito de la novación cit., p. 805.

Expresamente, también Puig Brutau (56) es partidario no sólo en reconocer que la novación modificativa puede resultar de las manifestaciones expresas de las partes o puede ser consecuencia inevitable de la incompatibilidad entre lo nuevamente pactado y partes no esenciales de la obligación modificada. Pero encontramos una situación bastante diferente con respecto a los precedentes autores y es que, aparte de no proponer como que esos elementos son inherentes a esta modificación, como que los mismos tampoco se exigen en conjunto para distinguirla y determinarla, efectivamente nada se opone a que mediante una declaración expresa de las partes puede resultar la modificación, pero ello no significa que la declaración expresa sea también un requisito de este otro instituto. Por otro lado, y en lo que atañe a la incompatibilidad, debemos tener presente que la misma modificación, al sustituirse un elemento por otro en una relación obligatoria, va a producirla, no en la magnitud que se presenta en la novación ni con los efectos radicales propios para este otro contrato, sólo en la medida de los elementos considerados individualmente, porque es lógico que al cambiarse uno que difiere en algo de otro de su misma especie, pues si fueran iguales no tendría ninguna finalidad la modificación, entre ambos habrá de existir incompatibilidad en cuanto a sus características, sin que quepa extender ésta a los otros elementos de la obligación que han conservado su mismo estado. De ahí que no tenga importancia alguna lo que el autor afirma de que "puede ser consecuencia... entre lo nuevamente pactado y partes no esenciales de la obligación modificada", porque aún siendo que se determine entre partes esenciales, siempre

(56) Fundamentos de Derecho civil cit., p. 461.

lo será con relación al elemento y no al todo de la obligación.

Fuera de lo anterior, sostiene que "la novación modificativa implica persistencia de la obligación originaria, con variación de alguno de sus elementos. Persistencia de la misma obligación ha de significar que conservará la preferencia que pueda tener por razón de su fecha, que subsistirán los derechos accesorios, etc." (57), y prefiere conservar la denominación de "novación modificativa", siguiendo los criterios del Código Civil y la jurisprudencia, aún cuando reconocer que - otros autores han observado que es un contrasentido y que la novación que regula el Código es la extintiva.

Sancho Rebullida, al comenzar el estudio de la novación - en el Derecho español vigente, reconoce que el artículo 1203, "más parece referible a la modificación de la prior obligación cuyo vínculo alterado subsiste, que a la extinción mediante -- creación de otra nueva en su lugar" (58), y aunque afirma que "el concepto mismo de modificación predica la subsistencia - esencial del prius modificado" (59), concluye que los verbos de

(57) Puig Brutau, Ibid, p. 459.

(58) La novación de las obligaciones cit., p. 158; analizando los verbos de la norma legal con relación a la modificación, - deduce que en cuanto a la objetiva, "variar", predica la - subsistencia esencial del vínculo, y en igual medida "cuanto a la subjetiva pasiva, porque extinguir la precedente -- obligación mediante la creación de una nueva de idem con otro deudor es algo más que "sustituir" la persona del deudor expresión que evoca también la permanencia del vínculo y la inalteración absoluta de la situación jurídica del -- acreedor: cuanto a la subjetiva activa, porque el fenómeno técnico de la subrogación - en todas sus manifestaciones- requiere la subsistencia de la situación jurídica precedente".

la norma resultan más referibles a la subsistencia del vínculo — que a su extinción, ya que razones existentes impiden que no sea solo una mera cuestión terminológica (60). Sin embargo, a pesar de que pone reparos que luego veremos, estima que "en todo caso la solución aquí es intrascendente pues se trata de determinar — si en el sistema del Código es posible la modificación objetiva de la obligación y, en este punto, la contestación afirmativa parece imponerse, ya sea en base al artículo 1203, 1º, ya sea — en otro caso— al amparo del 1255" (61).

Advierte que la modificación, como la configura el Código, es un concepto genérico y que en algunos casos podrá provocar la extinción de la obligación, pero que esta consecuencia no se produce como efecto indisociable y siempre, entonces, que no haya extinción, la novación será modificativa (62), y aún cuando sostiene que el acreedor y el deudor al amparo del art. 1255 pueden

(59) Ibid., p. 158.

(60) Ibid., pp. 159-160. Formula las siguientes observaciones para demostrar que no es sólo una cuestión terminológica: a) Proclamado el principio de libertad contractual por el art. 1255, la novación referida en el número 1º del art. 1203 puede entenderse, en principio al menos, como simple modificación del contenido de un vínculo obligatorio que perdura. b) El número 3º del artículo 1203 y su desarrollo en los arts. 1209 y sigs. se refieren al pago con subrogación — o subrogación por pago — con cuya eficacia se opera, indudablemente, la transmisión — del crédito mismo, sin que, en cambio, haya ningún artículo — que trate de la novación por cambio de acreedor. Su posibilidad habrá, así, que fundarla en el art. 1255. c) Al hablar los arts. 1205, 1206 y 1207 de "nuevo deudor", "deudor primitivo", "obligación primitiva", parecen referirse a la novación propiamente dicha, la extinción-creación... "

(61) Ibid., p. 165.

(62) Ibid., p. 299.

modificar su obligación primitiva sin destruirla, no duda en reducirla a los elementos accesorios o secundarios, porque "si la variación es de entidad tan grande como el objeto mismo o las — condiciones principales, su voluntad, frente a terceros (rango, garantías) no puede alterar la naturaleza de las cosas y no puede haber subsistencia" (63)

Expuesta en términos generales la opinión del autor en torno a la modificación de las obligaciones y que al final opta por reducirla a los elementos secundarios, observamos que hay una marcada tendencia a considerarla sólo en función de la novación con miras a obtener la permanencia de esta otra institución. Admitida, como lo hace, la modificación al amparo del art. 1255, los límites que señala la autonomía de la voluntad no proceden del art. 1203, 1º, sino de las que determinen las partes o la ley, la moral o el orden público, sin que pueda servir de fundamento el argumento de que el pacto de identidad "va en perjuicio de terceros" porque así como la modificación puede aprovecharlos, por ejemplo, cuando se reduzca el quantum de la deuda o se disminuya

(63) Ibid., p. 307. A la p. 377, afirma que del artículo 1203, "lo que surge es una limitación a la autonomía de la voluntad en orden a la simple modificabilidad objetiva de la obligación, ya que cuando se varía el objeto o las condiciones principales, si inter partes podrá configurarse como modificación, en relación a terceros (plazo de ejercicio del retracto, prelación de créditos, relaciones accesorias de garantía, etc.) la obligación resultante de la alteración deberá reputarse obligación nueva: si, entonces, accede a la anterior yuxtaponiéndose, o la extingue sustituyéndola, es cuestión que decidirán los criterios del art. 1204, siendo de observar que, normalmente, la expresión de la voluntad de modificar, en cuanto dirigida al resultado económico de la convención, será suficientemente valorable como *ánimus novandi expreso*".

el plazo para su cumplimiento, por otro lado, cuando se haga más gravosa, su responsabilidad queda limitada a los términos anteriores a la modificación, como, nada obsta que por su propia voluntad consientan continuar garantizando la prestación a cargo del mismo deudor.

Aparte de ello, hay que tener presente también los casos en que es el propio deudor quien con sus bienes y la totalidad de su patrimonio está igualmente garantizando al acreedor el cumplimiento exacto de la obligación. En este supuesto, ¿qué razón puede impedir que entre ellos acuerden una modificación -- del objeto de la obligación o de alguna de sus condiciones principales? Realmente, como el mismo autor lo indica, "novación extintiva o modificativa no es problema de la magnitud de la variación sino casi siempre del *ánimus*" (64), que siendo *novandi* si encuentra, a nuestro modo de verlo, un límite de la naturaleza de las cosas, ya que la indicación del carácter de principalidad que contiene el art. 1203, 1º, impide que pueda extenderse a las condiciones secundarias (65). Pero, en cuanto a la modificación, admitiendo el supuesto de que la novación modifique la obligación que extingue, si no hay manifestación expresa del *ánimus novandi* como tampoco creación de otra obligación que por incompatibilidad establezca la novación, sin incurrir en ninguno de estos dos supuestos del art. 1204, la variación del objeto o alguna de las condiciones principales no prejuzga que nazca una nueva obligación. El mismo argumento que esgrime para la modificación objetiva podría aplicarse para la subjetiva por

(64) Sancho Rebullida, op. cit., p. 165.

(65) Véase, *supra* Cap. I. parte II, nº 3.

cambio de deudor, y aunque no la admite, pues siempre será novación, entonces, en abierta violación a dos textos fundamentales, los artículos 1112 y 1257, siempre que hay transmisión pasiva nacerá una nueva obligación; la realidad, recogida en las doctrinas científicas y jurisprudencial, muestra y admite totalmente lo contrario. Tanto la expromisión como la delegación son modificaciones subjetivas de la obligación que permiten la subsistencia de la misma obligación y en nada tienen que ver con la novación, a no ser que por su mecanismo la voluntad de las partes se manifiesta extintiva, cuyo efecto primero y más importante es la extinción, y si por una parte se admiten, de igual modo, qué razones prevalecen para que la objetiva deba desecharse y quede reducida a los elementos secundarios?, pues por más que se quiera y predique de ambas que "son especies del género "novación" y, concretamente, de la novación subjetiva pasiva" (66), es que no hay verdaderamente una contradicción por los efectos de una como de las otras?. Creemos que sí, ya que tan errado resulta asimilar la expromisión y la delegación a la novación, como también la modificación. Si en aquellas, al igual que en la novación, se produce la liberación del deudor pero sin destruir la identidad de la obligación, en esta otra, sin que ocurra esto, sencillamente hay una sustitución de un elemento objetivo por otro que ocupa su lugar y hace sus veces, precisamente porque no ha existido *ánimus novandi*.

Albaladejo en su obra (67) reconoce la modificación de las obligaciones en los mismos términos que la proclama el artículo —

(66) Sancho Rebullida, op. cit., p. 166.

(67) Derecho civil cit., II, I, pp. 273 y ss.

1203, y la diferencia de la novación no porque la variación alcance condiciones principales o secundarias, sino porque la voluntad de las partes la han querido extintiva o no (68), y porque al tener lugar, no se extingue una obligación por el nacimiento de otra, sino que, al introducirse los cambios en una obligación, aunque modificada, continúa viviendo.

Aún cuando admite que las modificaciones subjetivas no conllevan necesariamente a la extinción (69), observa que existen ciertas objetivas que sí producen la extinción, como el cambio de causa. En eso estamos totalmente de acuerdo, aunque creemos ver una excepción solamente y lo es en el caso del artículo 1870 del Código Civil. Por lo demás, cualquier "modificación por cambios en los elementos objetivos, tiene lugar cuando, afectando al objeto o a las condiciones de la obligación ni las partes quisieron la extinción de la obligación ni los cambios introducidos son incom

(68) Ibid., p. 278. Estima que esta es la tesis correcta, y que encuentra apoyo en la doctrina y a diferencia de ésta, manifiesta que para la modificativa no es preciso la declaración terminante, sino que sólo basta que tal voluntad sea averiguable por los procedimientos normales de interpretación.

(69) Cfr. Ibid., p. 281, defendiendo la tesis, transcribe la sentencia de 21 de diciembre de 1962, que dijo: "lejos de la concepción estrecha y formalista romana, cuyas razones técnicas no tienen actualidad, el Derecho español admite un concepto amplio de la novación, que engloba la modificación de la obligación por cambio de objeto, por sustitución de la persona del deudor, o por subrogación de los derechos del acreedor, incluyendo dentro de la institución no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la impropia o modificativa, como se deduce de la frase inicial del art. 1203, antes citado, y "a sensu contrario" del texto del art. 1207 admitiendo los dos formas antiguas de la novación modificativa -- cuales son la expromisión en el art. 1205 y la "delegación" -- aludida en el 1206".

patibles con la subsistencia de la misma (artículo 1204, a contrario)" (70). La incompatibilidad del cambio introducido con la subsistencia de la obligación no debe verse como sucede con la novación, sino que entendemos que el autor lo que nos quiere decir, y ello es factible que suceda, es que las partes pueden introducir una modificación que haga imposible el cumplimiento de la prestación, ya porque ésta sea ilícita o imponga al deudor una conducta contraria al espíritu del art. 1255, ya porque varíe su identidad, y que por ser imposible aceptarla la hace insubsistente.

En cuanto a las modificaciones subjetivas, para la pasiva -- afirma que desaparecidas las razones por las cuales el derecho romano no admitió la modificación de las obligaciones, "hoy, desde el punto de vista doctrinal, está plenamente admitida aquella posibilidad, considerándose seguro que nada se opone conceptualmente a que en el vínculo obligatorio -- lo mismo que son posibles sin que haya extinción, las modificaciones objetivas y el cambio de acreedor -- pueda cambiar el deudor, con subsistencia de la -- misma obligación. Hallándose, ese punto de vista, acogido en los códigos modernos (alemán, suizo, italiano, etc.)" (71). Y, en lo

(70) Ibid., p. 227. Con relación a las garantías accesorias y las excepciones (Cfr. Ibid., pp. 276 y 281-282), sostiene que después de la modificación, subsisten, con la aclaración de que si los garantes no prestan su contentimiento, la modificación -- no puede perjudicarlos, sino en beneficio, cuando por ejemplo, el cambio de deudor puede ser perjudicial por la menor solvencia del nuevo deudor.

(71) Op. cit., p. 280. Igualmente afirma que el Derecho español acoge la transmisión de deuda, como simple modificación, por que, entre otras razones, dice que en ningún precepto se establece la excepción de que la sustitución de deudor implique extinción de la obligación, y porque, no imponiéndose esta -- extinción y acogiéndose la autonomía de las partes, no hay --

que respecta a la activa, que se puede efectuar mediante la subrogación o la transmisión, subsiste la misma obligación con todos sus accesorios, "puesto que, a diferencia del deudor, el cambio de acreedor no implica perjuicio eventual para los que — prestaron aquellos" (72).

Si bien la ley no exige ninguna formalidad para la modificación, estima que "sólo será necesario observar, pues, forma ad substantiam cuando en un caso concreto sea requerida por razón de la modificación de que se trate, por razón de la obligación que se modifique o por razón del acto mediante el que se verifique. También será necesaria la forma cuando aún sin establecerse directamente para la modificación, haya que estimar que viene exigida implícitamente por la razón por la que se impuso forma al acto que originó la obligación que se modifica" (73)

Finalmente, otros autores como Pérez González y Alguer — (74), Reyes Monterreal (75) y Azurza (76) se han manifestado fa-

(cont. pág. ant.) ... por qué excluir que estas puedan modificar, sin extinguirla, la obligación, cambiando la persona -- del deudor.

(72) Op. cit., p. 283; véase la nota 2 a la misma página en donde explica que cuando se está frente a obligaciones recíprocas, el nuevo acreedor no adquiere — porque no se trata de accesorios del crédito, sino de contrapartida del mismo— el derecho que el deudor tiene contra el antiguo acreedor.

(73) Op. cit., pp. 275-276.

(74) Notas a Enneccerus-Lehmann, Derecho de obligaciones cit., pp. 222 y ss. 374 y ss. 416 y ss.

(75) Esencia de la novación cit., p. 604, a quien le parece que la verdadera esencia de la novación no es la extinción, sino la simple modificación o alteración.

(76) Notas sobre novación cit., p. 590 y ss.

vorablemente por la modificación de las obligaciones, sin que se agote con ellos la posibilidad de encontrar una basta literatura que con argumentos sólidos y convincentes, en algunos casos, a favor o en contra del tema, han dado muchos otros (77)

3. POSIBILIDAD DE MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO COSTARRICENSE

El Código civil de Costa Rica, a diferencia del español, no contiene disposición alguna que expresamente permita la modificabilidad de las obligaciones, aunque conforme a ciertas normas esporádicas que se encuentran en su texto es posible conseguirla. Sin embargo, un primer indicio se encuentra dentro del mismo capítulo que dedica a la novación, concretamente en el artículo 818, que reza: "Las modificaciones referentes a la época en que sea exigible o al modo de cumplir la obligación, lo mismo que el cambio de acreedor, no implican por sí solas novación". Clarificando el alcance de esta norma, dentro del título que se refiere al pago el capítulo segundo, dispone de todo lo relativo al "pago el capítulo segundo, dispone de todo lo relativo al "pago con subrogación" y en el título cuarto, "De la cesión", regula tanto "De la cesión de los objetos incorporales en general", como "De la cesión de créditos". Elimina-

(77) Cfr. Jordano Barea, Juan Bautista, Comentario a la sentencia de 10 de febrero de 1950, en Anuario de Derecho civil, 1950, pp. 1372 y ss.; Díez Picazo y Gullón, Sistema de Derecho civil cit., p. 194 y ss.; de Cossio, Instituciones cit., I, p. 325 y ss. Ibid, La transmisión pasiva de las obligaciones cit. p. 187 y ss. Puig Peña, Tratado cit., p. 348; Núñez Lagos, Cesión de contrato cit. p. 21; García Amigo, La transmisión de las relaciones obligatorias cit., p. 25 y ss; Espín Cánovas, Sobre el pago con subrogación cit., p. 300 y ss. Contrariamente, véase, Cristóbal-Montes, La llamada novación modificativa en el Derecho civil español cit., especialmente pp. 1204 y ss.

nando, por otro lado, la modificación a la época en que sea exigible la obligación (en relación con los artículos 773 a 777), queda, en consecuencia, conocer si la frase "al modo de cumplir la obligación" permite una modificación del contenido.

La escasa doctrina no ha manifestado nada con respecto a esta norma y en la práctica judicial los casos de novación son tan reducidos que nos parece imposible referir la modificabilidad sólo a ella (78). Pareciera que por esa frase deba atenderse más a la fase de ejecución y extinción de la obligación que a la subsistencia de la misma, pues los modos de cumplir la obligación, dentro de los que se pueden contar la dación en pago o la compensación, se refieren más a distintas formas de pago que a la modificación de la obligación. Pero, si de acuerdo a la voluntad de las partes la modificación se efectúa sobre la prestación con el fin de que con ésta se le facilite el cumplimiento al deudor, siendo éste el motivo esencial por el cual la realizaron en vista de circunstancias ajenas que no hacían posible que con la antigua se pudiera efectuar y situándose esta modificación en una etapa que no es la que corresponde a la del cumplimiento y extinción de la obligación, entonces, no puede haber duda que por esta norma la modificación que proclama la subsistencia de aquella es posible, por cuanto el término "modo" no necesariamente da a entender que — sea en el preciso momento de la extinción. Aparte de ello, si las modificaciones estas no implican por sí solas novación y ésta es

(78) Pérez Vargas, Víctor y otros, Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950-1975 (Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, 1977) p. 18, nº 95 de 15, 30 horas del 31 agosto de 1961, semestre II, tomo I, p. 296, dijo: "La autonomía de la voluntad que rige en la contratación civil permite, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación, que las-

extinción de una obligación y nacimiento de otra que la sustituya, por un lado se está exigiendo para que lo sea la voluntad o el ánimus novandi, y por el otro, al no presumirse, tácitamente está - autorizando cualquier clase de modificación, la cual nunca podrá tenerse como novación si la voluntad de hacerla no consta, como - dice el artículo 815, "claramente de los términos del nuevo con- trato, o de los hechos acaecidos entre las partes".

No obstante, por las disposiciones generales del contrato me- diante los números 1022 y 1023 (79), el número 1092, que pertene- ce al contrato de compraventa y que dice: "Las partes pueden, por medio de cláusulas especiales, subordinar a condiciones suspensi- vas o resolutorias y modificar del modo que lo juzguen convenien- te, las obligaciones que proceden naturalmente del contrato de ven- ta", junto con el 1024, que expresa: "Los derechos y las obliga- ciones resultantes de los contratos, pueden ser transmitidas entre vivos o por causa de muerte, salvo si esos derechos y obligacio- nes fueren puramente personales por su naturaleza, por efecto - del contrato o por disposición de la ley", son los que verdadera- mente vienen a determinar y permitir la modificabilidad de las obli- gaciones tanto en su aspecto subjetivo, porque entendemos que la transmisión entre vivos en el fondo representa una modificación, - como su objetivo.

(cont. pág. ant.)... partes puedan introducir, en una forma temporal o definitiva, variaciones o modificaciones a un contrato"

(79) Artículo 1022. Los contratos tiene fuerza de ley entre las par- tes contratantes.

Artículo 1023. Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

El primer artículo de estos transcritos, contempla dos supuestos que no deben entremezclarse, aunque en el espíritu del mismo lo que se pregona simple y sencillamente es la modificación de las obligaciones derivadas del contrato de compraventa, ya que la conversión de las mismas a condiciones suspensivas o resolutorias, después de que la obligación pura se ha generado, no es otra cosa que una modificación de las de esta clase. Aparte de ésta, asimismo permite que las partes, mediante cláusulas, que no deben entenderse como si ya constaran en el contrato de la compraventa, puedan modificar esas obligaciones derivantes del mismo; cláusulas que requieren un nuevo convenio de las partes, posterior al ya constituido, y que se adherirán a éste introduciéndose por ellas las modificaciones que han juzgado convenientes. Por la amplitud de criterio del artículo, pareciera que las modificaciones pueden ser de cualquier naturaleza, pudiendo incluso efectuarse un cambio en la prestación sin que se aluda para nada a la extinción de las mismas, pues su objetivo, a falta de una declaración en tal sentido, es la continuidad de dichas obligaciones (80).

(80) La doctrina única (Brenes Córdoba, op. cit., pp. 392-393) no ha interpretado este artículo en el sentido que nosotros lo entendemos, pues se refiere a la necesidad de tomar en consideración dos situaciones de derecho modificativas de la compraventa: las condiciones y el pacto de retroventa. Sin embargo, con una cierta amplitud de criterio, ha manifestado que "el contrato es susceptible de ser condicionado de diversos modos -- por voluntad de las partes, con tal que ello no quebrante ninguna disposición legal", entendiendo, nosotros, que ese condicionamiento no se refiere a las condiciones que la norma prescribe, sino a que por la voluntad, las partes, dentro del marco de la ley, pueden modificarlo en lo que ellas lo crean conveniente.

Así las cosas, conviene preguntarse si esta modificación se extiende a cualquier clase de obligaciones, inclusive las derivadas de otros contratos, o si sólo se limita a las de las compra-venta, tal y como se expresa la norma? A primera vista y conforme a las palabras del artículo, parece que no se limita a las de ese determinado contrato, pues obsérvese que el empleo del término "naturalmente" no cumple ninguna finalidad limitativa en la norma, sino que, por el contrario, más bien da la idea de que las obligaciones que vienen de dicho contrato no quedan excluidas de la modificación. Ello lo vemos así porque antes de expresar el Código este precepto, ha determinado cuales son las obligaciones que corresponden al vendedor y al comprador con motivo del contrato celebrado, lo que autoriza para deducir que si —prestando la facilidad para modificar las que ya antes había impuesto a las partes como de cumplimiento forzoso es porque quiere garantizar aún más la viabilidad del contrato a fin de que los efectos del mismo se adecuen más a los intereses de éstas que a los de la misma ley.

Más sólidos que los anteriores argumentos resulta el que se fundamente en la disposición del artículo 1023 mediante el cual y atendiendo a razones de equidad, del uso o de la ley, se obligan las partes a las consecuencias que nacen de la obligación, según la naturaleza de ésta. Si bien hay obligaciones que por su naturaleza se hallan limitadas desde todo punto de vista, como las de dar alimentos (arts. 151 y siguientes del Código de Familia), que por su carácter prioritario sobre cualquier otra no pueden ni renunciarse ni transmitirse de modo alguno, no obstante que conforme al artículo 161 (81) pueden modificarse, entendemos que —

(81) Código de Familia, artículo 161. —La prestación alimentaria puede modificarse por el cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe.

acogiéndose a los conceptos de la equidad o el uso, las partes - pueden modificar la que los vincula cuando se haya vuelto demasiado onerosa para el deudor o, por el contrario, represente para el acreedor un valor que no corresponde por el que inicialmente había contratado, o ya no responda al interés por la parte cuando se obligó.

Existen también otras normas de las que se infiere la modificación entre las que destacan las de los artículos 459, 2º y 464, referentes al Registro de la Propiedad y al Registro de Hipotecas, respectivamente.

La primera de ellas expresa que "En el Registro de Propiedad se inscribirán: ... 2º. Aquellos - títulos - en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres y cualesquiera otros reales diversos del de hipoteca", y, en relación con el artículo 468, 1º, que dice: "Pueden inscribirse provisionalmente: 1º. Las demandas sobre Propiedad de determinados bienes inmuebles, y cualesquiera otros que versen sobre propiedad de derechos reales o en que se pida la constitución, declaración, modificación o extinción de -- cualquier derecho real sobre inmuebles", vienen a determinar -- dos situaciones importantes, a saber: el lugar que ocupa la modificación de los derechos y obligaciones como una fase intermedia entre las de constitución y extinción, y, la autorización legal para modificar e inscribir en los Registros Públicos. (82). Al mo-

(82) Pérez Vargas y otros, Jurisprudencia civil cit., p. 63, la nº 75 de 15,15 horas del 18 de julio de 1961, semestre II, tomo I p. 33, dijo: "La décima hipotecaria consigna una obligación -- real y debe tener un vencimiento para ser pagada. Ese extremo, del vencimiento del plazo, debe constar necesariamente, tratándose de obligaciones hipotecarias, en el Registro Públi

dificarse cualquier derecho real ya constituido, lógicamente que dicho fenómeno incidirá en las obligaciones que deriven del mismo por lo que no es necesario que estas normas se refieran expresamente también a las obligaciones, ya que al nacer estas de cualquiera de esos derechos la modificación que se efectúe o se pide determinará una consecuencia similar en ellas.

La segunda, que dice: "En el Registro de Hipotecas se inscribirán los títulos en que se constituya, modifique o extinga algún derecho de hipoteca", aparte de permitir la inscripción, da a entender con suma claridad que el derecho de hipoteca puede también modificarse, lo mismo que el contrato de prenda, que se regula en su totalidad por las normas que lo contemplan en el Código de Comercio (83).

(cont. pág. ant.)... co, sin que haya alguna que prohíba modificarlo, antes, por el contrario, el art. 464 del Código civil dispone que en el Registro de Hipotecas se inscribirán los títulos en que se constituya, modifique o extinga algún derecho de hipoteca. Si el propio emisor de la cédula, se presenta ante un Notario para hacer constar la modificación del plazo, si esa modificación se hace constar desde luego en esa escritura porque cabalmente para eso es, se inscribe en el Registro y se consigna la constancia de inscripción en la propia cédula en una razón firmada por el constituyente del crédito y el Registrador de la Propiedad bajo su responsabilidad, qué inconveniente puede apuntarse al sistema ?"

(93) La Ley nº 5 de 5 de octubre de 1941, derogó los artículos 441 a 447 inclusive del Código civil y les dejó subsistentes en cuanto a los gravámenes prendarios anteriores a esa fecha.

Los artículos 554, párrafo I, y 557 del Código de Comercio, dicen:

Artículo 554. - El contrato de prenda así como sus modificaciones, prórrogas, endosos nominativos o cesiones, novaciones, cancelaciones totales o parciales, o cualquier otro acto jurídico que con él tenga nexo deberá constar por escrito. Deberá inscribirse en el Registro únicamente en los casos en que la -

Para la modificación de la hipoteca es necesario el consentimiento del acreedor hipotecario, conforme lo dispone el artículo 409, párrafo 3º del Código civil, cuando se divida o reuna materialmente, por una sola vez, el inmueble hipotecado. Igual requisito es necesario también en lo que respecta a la modificación del contrato de prenda.

Determinada, entonces, la modificabilidad de las obligaciones en el Derecho costarricense, conviene ahora cuestionarse - si para llevar a cabo las mismas se exige algún requisito formal o si con sólo el acuerdo verbal basta. De conformidad con estos dos últimos contratos, tanto el Código civil como el de Comercio,

(cont. pág. ant.) ... prenda se mantenga en poder del deudor. El contrato deberá contener el nombre, apellidos, calidades y domicilio del acreedor, si se trata de una persona física, o la razón social o denominación si se tratare de una persona jurídica.

Artículo 557. - Toda modificación en el contrato de prenda ya inscrito tiene que ser anotada al margen del asiento original en que se inscribió el contrato, sin perjuicio de la inscripción de aquéllas. (Se refiere a la transmisión por endoso nominativo o cesión). Si el contrato se hubiere hecho en un "Certificado de Prenda", o en documento privado y éste ha sido destruido o perdido, la anotación no podrá hacerse sino por mandato judicial en ejecutoria, o por solicitud escrita, firmada por las partes acreedoras y deudoras, debidamente autenticada y dirigida al Registrador General de Prendas. Si el contrato se hubiere consignado en escritura pública, cualquier modificación convenida entre las partes, se podrá hacer en igual forma, sin que sea indispensable presentar al Registro el - contrato principal. Siempre que una cosa dada en prenda se traspase por cualquier título, deberá anotarse este contrato en el Registro de Prendas, a efecto de saber a quien debe referirse para la presentación de los objetos dados en garantía caso de remate. También se le notificará a ese adquirente, por si desea pagar la obligación en vez de abandonar los bienes a la ejecución.

debido a su inscripción en un Registro Público, exigen que deben constar por escrito. El Código de Comercio en el artículo 412 dice que "cuando la ley exija que un contrato se consigne por escrito, esta disposición se aplicará igualmente a todas sus modificaciones". Remitiendo este precepto a los contratos que el código civil establece, es indudable que para éstos tal exigencia les es aplicable, aparte de los de hipoteca o prenda, siempre y cuando alguno de ellos se haya constituido mediante documento público o privado, que siempre es lo más seguro y usual, o se exija por la ley expresamente alguna formalidad.

4. EL CONTRATO DE MODIFICACION COMO FIGURA AUTONOMA E INDEPENDIENTE

Aún cuando en el Derecho positivo español la modificación de las obligaciones se halla reconocida expresamente y en un sentido genérico comprende tanto a los elementos objetivos como subjetivos de la obligación, sin que, a pesar de dichos cambios, que por ella se operan se produzca la extinción de aquella y que aunque siempre se la haya visto en función de la novación, en la actualidad se admite que se puede llevar a cabo por acuerdo de las partes mediante contrato, de éstas con un tercero o bien por disposición de la ley misma (84).

(84) Cfr. Albaladejo García, op. cit., pp. 274-275, que sostiene que la modificación puede proceder de un contrato en el que las partes declaren su voluntad expresa o tácita con tal que manifiesten su deseo de modificar (*ánimus novandi modificativo*)... como también de que la ley la disponga como efecto de la realización de otros hechos como en los casos de la subrogación legal del tercero que paga la deuda ajena o de la transmisión legal o judicial de créditos, o de que cuando se tiene obligación de entregar una cosa fructífera, la producción de frutos amplía a éstos la obligación de dar aquella.

Si bien es cierto que la voluntad de las partes o la de los interesados cuando son terceros se encamina a conseguir una finalidad distinta de la de la novación y que también por ella misma se da lugar a otras instituciones que permiten la transmisión de los créditos y las deudas, que en el fondo son modificativas subjetivas, por el hecho de que se encuentre mencionada dentro de la sección que el Código destina, después de un desarrollo cronológico que se inicia con la enunciación de los modos de extinción, para ese particular instituto, más concretamente en lo que se refiere a la modificación objetiva, pues los otros modos subjetivos de transmisión cuentan con una denominación y una normativa autónoma que impide que las doctrinas se atrevan siquiera a concebirlos en relación con la novación por atender específicamente a otra fase — que no es precisamente la de la extinción, es que nos vemos obligados a tratar de corregir un lenguaje y también un término, a ubicar una institución en el lugar que le corresponde, que la práctica y la literatura han ido degenerando y generalizando en detrimento tanto de ésta que aquí tratamos como de la misma novación (85).

(85) Ya hemos visto como la doctrina científica y jurisprudencial se han empeñado en denominar a la simple modificación en -- función de la novación, por el simple hecho de encontrarse dentro de la sección que el Código destina a la novación, calificando a aquella o bien de "novación modificativa", o bien de "novación impropia" y aún cuando proclaman para ésta la subsistencia de la obligación y su imposible extinción, muchos todavía "sin dejar de reconocer el fundamento de este -- criterio", prefieren continuar con "el del Código y la jurisprudencia, que consideran como dos clases de novación a la extintiva y a la modificativa" (Cfr. Puig Brutau, op. cit. p. 459) porque, su reglamentación difiere de la concepción tradicional romanística, ya que la novación en el Código no implica extinción de la obligación y su sustitución por otra nueva --

Sin que se pueda admitir el razonamiento de que el término "novación" en su sentido moderno ya no corresponde a los viejos moldes que la concibieron en el Derecho romano y que tanto en un sentido lato como técnico no refleja de una forma absoluta la idea de extinción, por el polémico artículo 1203, que se encuentra dentro de la sección que el Código le dedica a ésta y admite la modificación, sin embargo, tal y como se encuentra actualmente en la ley, por más que no se quiera, todavía responde a esa concepción primitivista de tiempo memorial mediante la cual su efecto siempre es único y su función actual es la misma.

Admitida actualmente en el Derecho moderno (86) la sucesión particular entre vivos sin mengua del contenido y de la obliga—

(cont. pág. ant.)...va (cfr. Espín Cánovas, Manual cit., p. 149) Aún así, la jurisprudencia también reconoce que en el derecho español la novación incluye la figura tradicional de la novación incluye la figura tradicional de la novación extintiva y una novación impropia o modificativa y el deslinde entre una y otra debe hacerse en atención a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación (Cfr. Sentencia 9 mayo 1963)

- (86) Cfr. Enneccerus-Lehmann, Derecho cit., pp. 218 y ss. quienes afirman que en el Derecho romano la modificación por contrato de una relación obligatoria no era imposible, pero — sí muy limitada y sin que tuviera ese contrato el carácter de consensual sólo se podía modificar la relación sin perjuicio de su identidad en tanto se pudiera encajar en el concepto de extinción. Así una obligación existente, conservando su identidad, no podría ser transferida ni a otro acreedor, ni a otro deudor, ni tampoco alterarse esencialmente en su contenido. Para lograr estos efectos era necesario, por medio de la Stipulatio, constituir una nueva obligación, por lo que para el Derecho romano, toda modificación se traducía en novación, es decir, en la extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta. Sin embar

ción y entendida ésta ya como no un vínculo personalísimo que ataba durante toda su vida al deudor (87) y si los efectos de dichos cambios ya no son tan graves como se suponía, razonable es también aceptar que sean las mismas partes interesadas las que acuerden llevar a cabo cambios en el objeto o las condiciones principales despojadas de toda referencia con la novación y sin que los mismos supongan extinción. Tal vez se deba al hecho de que por el aliquid novi a la novación se la ha comprendido como una modificación de la precedente obligación y que por esta razón a la modificación propiamente tal se le vea como un

(cont. pág. ant.) ... go, para el Derecho moderno ya han desaparecido todas esas razones que forzaron a los romanos a practicar en la forma de novación toda alteración de importancia, por consiguiente no hay razón actual que impida que una relación obligatoria pueda ser modificada sin perjuicio de su identidad.

- (87) Cfr. Espín Cánovas, Manual cit., pp. 220-221, que dice que la historia de la obligación va precisamente de la intransmisibilidad en el Derecho romano a la transmisibilidad en el derecho moderno. Esto lo confirma Clemente de Diego, Felipe, La transmisión de las obligaciones, según la doctrina y la legislación española y extranjera, Madrid, 1912, y a partir de esta fundamental obra, la posterior doctrina no se cuestiona el carácter personal de la obligación, por lo que la transmisión de las obligaciones se hace posible en el Derecho español. Igualmente lo dice García Amigo, Transmisión de las relaciones cit., p. 31, cuando afirma: "Frente a esto el Derecho moderno conceptúa la relación obligatoria, sí como actividad personal, pero no de una persona determinada, sino que puede realizarla cualquiera otra distinta del actual deudor; claro que hay algunas excepciones - los intuitu personae - que consisten precisamente en la actividad del deudor y que, por consiguiente, sólo él puede realizar la prestación debida al acreedor".

estado previo (88) de aquella, cuando en realidad, por la sistemática que se ha pregonado (89), corresponde exactamente a un período de la vida de la obligación que no es el de extinción, como encaja dentro de éste la novación y que como hemos visto no es una modificación. Esto precisamente se ve en las teorías que se han formulado en tono a la subrogación por pago o pago por subrogación, en las cuales siempre se ha discutido si esta institución "se trata de un pago verdadero que produce la extinción del crédito y sus garantías, o nos encontramos frente a un caso de transmisión del mismo" (90), prevaleciendo la idea de que aún incluida en el Código civil en la novación con lo que se podría seguir otra orientación, de que "basta, en efecto, la lectura del artículo 1212 ya citado, para comprender que... no se trata de una forma novatoria en el sentido clásico de la misma, de extinción de la obligación y creación de otra, sino de la transmisión pura y simple de

(88) Hernández Gil, El ámbito de la novación cit., p. 806, véase además, supra II, 2, nota 308.

(89) En líneas precedentes hemos dicho que la modificación de las obligaciones en la sistemática del Código civil se encuentra en una fase intermedia entre la constitución y la extinción. Contrariamente a Sancho Rebullida (op. cit., p. 307) que afirma que la modificación tiene su sede conceptual junto a la originación, transmisión y extinción, preferimos ubicarla en lugar de esa "transmisión" por considerar que ésta es una desviación de la misma modificación, pues además de producirse ésta, se logra la transmisión del crédito o la deuda como un efecto más profundo de esa simple alteración subjetiva.

(90) Espín Cánovas, Manual cit., p. 238; cfr. además en esa página y siguientes la valiosa exposición que da en torno a las teorías que se han dado con relación a la naturaleza jurídica de la subrogación en pago.

una obligación en su aspecto activo" (91). Y, lo mismo puede decirse de la transmisibilidad de la deuda, en donde si bien se reconocen dos formas no extintivas - la expromisión y la delegación -, tampoco se produce la extinción, se permite la modificación y no se impide,, como lo ha demostrado la doctrina científica (92), que el contrato de asunción de deuda tenga también lugar en el Derecho español.

En consecuencia, la modificación convencional objetiva encuentra su fundamento en la misma Ley, en el artículo 1255, y aunque esté lisa y llanamente enunciada dentro de las normas de la novación, su independencia y autonomía se obtiene por el principio de la libertad contractual, que es la base de todos aquellos otros que carecen de una normativa propia. Esta seguridad de recurrir a las normas y principios de la novación libera de ésta en una forma tal que hace irrazonable que por un lado conserve y arrastre su denominación, y por otro, siempre deba verse en función de ésta. Es más, su autonomía e independencia la obtiene de la misma norma que la permite y autoriza, sin necesidad de recurrir a la antes citada, pues, aunque se encuentre dentro de la tantas veces dicha sección, en primer lugar no hace referencia para nada de ésta, es decir, ni siquiera menciona la novación o su efecto extin

(91) Espín Cánovas, Ibid., p. 249.

(92) Cfr. entre varios, García Amigo, La transmisión cit., en Revista de Derecho Privado, 1963; de Cossio, La transmisión pasivo cit., y González Palomino, La adjudicación para pago de deudas, ambas en Anales de la Academia Matritense — del Notariado, I, 1945; García Valdecasas, La sucesión en las deudas a título singular, en Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, II, 1969, y las demás obras que señala Espín Cánovas, Ibid., p. 219.

tivo y, en segundo lugar, es la novación la que se sirve de la misma, no como modificación porque no lo es, en la medida de que los elementos que en ella se señalan son sólo sobre los cuales puede llevarse a cabo.

Finalmente, también por los efectos que se logran de ella y que son bastante contrarios a los de la novación. Esto nos lleva a refutar la incorrecta denominación que en el Derecho español se le ha otorgado a la modificación, pues la contrariedad de los términos ha impedido hasta el momento el desarrollo de una teoría sobre un contrato que siempre se ha visto subordinado a un efecto más fuerte que no corresponde a su propia naturaleza.

Por estas razones es que nos proponemos darle la atención que verdaderamente se merece. Esto lo creemos necesario para el Derecho español y para la misma novación, pues al no vérsese en función suya le permite recobrar su verdadera tan desnaturalizada precisamente por concebirse ambos entramablemente dependientes. Pero, como lo admite parte de la doctrina científica, el hecho de que el Código civil en muchas de sus instituciones es exasperante y ambiguo, no justifica que tanto ella como la jurisprudencia tengan que someterse a esas deficiencias, entre ellas la "novación modificativa objetiva", cuando, por el contrario, la función del jurista y del Juez es ir cada día mejorando y fortaleciendo las instituciones que la ley brinda, deslin- dando los campos para encontrar una justa solución para todos los casos y corrigiendo los errores que en su día se plasmaron en el texto. Conociendo estos males y aunque admitamos, entonces, que la novación ya en muchos casos no significa extinción, lógico es pensar que lo que no lo es, al menos, no debe llamarse por lo que siempre se ha entendido, y si se predica la subsistencia

tencia modificada de la obligación que continúa viviendo, cualquier alusión a esa otra es, además de un contrasentido (93), - una equivocación que requiere inmediata aclaración.

A. - Naturaleza y extensión

Para llegar a determinar la naturaleza jurídica del contrato de modificación objetiva de la obligación se nos hace necesario, a falta de una literatura específica sobre el mismo, recurrir a las modificaciones subjetivas, a través de las cuales se permite, por admitirlo a la ley, la transmisión de los créditos y las deudas.

Es precisamente conociendo la problemática de la cesión de créditos y la subrogación en pago, como de la asunción de deuda y los efectos de todas estas convenciones, que podremos establecer la naturaleza de esa modificación que nos interesa. Para este trabajo consideramos conveniente, antes de llegar a una conclusión definitiva, enfrentarnos primero a los modos de transmisión del crédito y seguidamente la de deudas, con el fin de determinar si aún de las modificaciones más profundas en el contenido de la obligación podría resultar la extinción, por encontrarse tan íntimamente ligada a la novación, o si por el contrario, aunque se efectúen así, todavía se conserva la subsistencia de la obligación. En otras palabras, con los mismos planteamientos que emplea Espín Cánovas para la subrogación (94), si por encontrarse la modificación objetiva tan relacionada con la novación, al menos

(93) Cfr. Sancho Rebullida, op. cit., p. 298; Albaladejo García, op. cit., p. 262; quien habla de "confusión de ambas", en el Código civil; la reconoce, Puig Brutau, op. cit., p. 459.

en el Derecho español, es conciliable la idea de extinción con la de subsistencia de la obligación o no; si en ciertos casos se produce la extinción o si aún cuando la modificación es transiente perdura la misma obligación que subsiste modificada.

La cesión de créditos y la subrogación en pago, por sus efectos, salvo ciertas características que varían de una legislación a otra para cada una de ellas, vienen a ser lo mismo (95), en tanto en cuanto permiten la transferencia del crédito, la sustitución del acreedor por otro que asume su posición y la situación del deudor permanece inalterada, conservando en ambos casos las mismas excepciones y defensas. Como el deudor continúa obligado frente a la misma prestación esta tiene que ser satisfecha por este sujeto, y, realmente, para poder desechar la idea de la extinción, es por lo que se ha sostenido que la subrogación no extingue la obligación (96), aunque para el sujeto activo sus-

(94) Manual cit., p. 238, cuando trata el problema de la naturaleza jurídica de la subrogación se plantea el de "si las ideas de extinción de la obligación y transmisión de la misma en su aspecto activo son conciliables o no. Si se estima que no es posible dicha conciliación, la solución que se adopte frente a la subrogación ha de basarse en uno de estos dos criterios: o se trata de un pago verdadero que produce la extinción del crédito y sus garantías, o nos encontramos frente a un caso de transmisión del mismo; si por el contrario, se cree que aquellas ideas de extinción y transmisión en su aspecto activo, son conciliables, cabe considerar la subrogación como una figura ecléctica que participa de ambos órdenes de ideas al mismo tiempo".

(95) Cfr. Espín Cánovas, Manual cit., p. 248-249, que afirma que en el Derecho alemán, la subrogación es tenida como una de las tantas cesiones que se encuentran dispersas por el Código.

(96) Véase, en Espín Cánovas, Ibid., pp. 243-244, las teorías de la transmisión del crédito, entre las que destacan muy resu-

tituldo la misma no existe ya. De ahí que la doctrina científica - se le atribuya por algunos una naturaleza mixta, por revestir ca racteres de extinción y transmisión conjuntamente (97).

Pero, si analizamos más a fondo el fenómeno nos damos - cuenta que este efecto no es el mismo de la cesión de créditos, en la que también hay sustitución del acreedor y transmisión del crédito. Por ello, es que encontramos muy valiosa la crítica con respecto a las teorías eclécticas que pretenden darle esa doble naturaleza, pues como se afirma "no es posible que la obligación se extinga en su aspecto activo mientras subsiste en el pasivo; la obligación o se extingue íntegramente o subsiste en toda su ampli tud; distinta es la hipótesis de que subsistiendo íntegramente la obligación, alguno de sus elementos subjetivos, en este caso el sujeto activo, experimente un cambio, y esto es lo que da la apa riencia de una extinción de la obligación limitada al acreedor" (98). Esto nos lleva forzosamente a desechar la naturaleza mixta de la subrogación.

(cont. pág. ant.)...midamente, la de la expropiación del crédito, formulada por Magini, en la que considera que si el pago con subrogación no se hace ánimo solvendi, sino de adquirir la obligación, en donde la suma pagada al acreedor es como una especie de indemnización por el crédito que pasa al que lo ha pagado, se trata de una expropiación del mismo por uti lidad privada; y la teoría diferencial entre la subrogación y la cesión, mediante la cual ésta es enajenación del crédito - hecha por persona capaz y el acreedor al disponer de su cré dito ha sustituido a otro en el goce de éste; la subrogación es sustitución en la persona del acreedor, a causa de la satisfacción de su interés que otro ha realizado, no para liberar al deudor, sino para sucederle en el goce del derecho.

(97) Cfr. las teorías eclécticas de Demolombe, Hartmann y Merlo, expuestas por Espín Cánovas, Manual cit., pp. 241-242.

(98) Espín Cánovas, Ibid., pp. 242-243.

Si por un lado se sostiene que la subrogación no supone una operación necesariamente diversa de la cesión (99) y por otro, que ésta es un acto de disposición del cedente a favor de otra persona que consiste en hacer que el crédito cedido pase del patrimonio del acreedor al patrimonio del cesionario (100), entonces, vemos que una y otra están lejos de asemejarse a la extinción. Siendo la cesión un negocio jurídico abstracto (101) que opera solamente la transferencia del crédito aforado con las mismas cualidades y, con excepción de las que resultan de la persona del cedente, garantías y derechos accesorios de cualquier naturaleza, impide también que se constituya otra obligación a cargo del tercero que asume la posición del acreedor, por referirse tan solo a la transmisión del derecho de crédito, por lo que también una idéntica conclusión a la de la subrogación se nos impone para esta institución que, aún cuando por ella se sustituye un acreedor por otro que ingresa en la relación obligatoria, no se produce, ni siquiera en la imaginación la extinción de la misma. Esas conclusiones excluyentes de esos institutos de la extinción se comprueban mediante sus formas convencionales, legales y judiciales.

(99) Espín Cánovas, Ibid, p. 245.

(100) von Tuhr, Tratado cit., II, pp. 288 y 293, afirma este autor que dicho acto no constituye un contrato en sentido estricto, es decir, una convención creadora de obligaciones sino un acto de disposición y que como tal tiene más semejanza con el traspaso de la propiedad que con el contrato como fuente de obligaciones, pero no puede calificarse de contrato real, pues esta denominación debe reservarse para aquellos contratos cuya función es modificar los derechos reales.

(101) Cfr. von Tuhr, Ibid., p. 289; Hedemann, Tratado cit., p. 205; Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 382.

Mediante el contrato se puede llevar a cabo la cesión de créditos, pero no la subrogación, ya que si se verificara por voluntad del acreedor dejaría de ser tal y se convertiría en una cesión. Entonces, esto ha llevado a comprender a ésta como una cesión legal, pero aparte de ello, si se efectúa conforme la "presume" el artículo 1209, estableciéndose "con claridad", no hay duda que en cualquiera de los otros supuestos del artículo 1210 el nuevo acreedor le interesará adquirir el crédito tal y como lo mantenía el antiguo, es decir, de acuerdo al artículo 1212, con todos los derechos a él anexos. Este interés mantiene la subsistencia del mismo e impide que pueda recurrirse a un procedimiento más engorroso como la novación, como sucedería igualmente cuando es el deudor quien la realiza, aunque de una manera indirecta, contrayendo un préstamo y haciendo constar en escritura pública la transferencia del crédito que pertenece al acreedor en favor del que le hace el préstamo (art. 1211). Es por la disposición normativa del artículo 1212 antes citado, que la misma ley, aún encontrándose la subrogación dentro de la Sección de la Novación, mantiene en forma imperativa la subsistencia del crédito a pesar de los distintos modos por los que puede llevarse a cabo haciendo de las subrogaciones "convencionales" y legales una forma de transmisión del crédito de un sujeto a otro, sin que se vislumbre rastro alguno de extinción.

Respecto a la cesión de créditos, ésta se efectuará mediante convenio entre el antiguo y el nuevo acreedor por el cual aquél le transmite el crédito bastante con "demostrar que se ha declarado mutuamente la voluntad de ceder" (102). Esta forma de transmisión del crédito comprende todos los derechos accesorios

(102) Enneccerus-Lehmann, op. cit. p. 382.

como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio por disponerlo — así la Ley (art. 1528), sin que haya necesidad de observar forma (103), debiéndose notificarle al deudor la cesión, pues si es te paga desconociendo la transmisión al antiguo acreedor, queda exento de obligación, o sea, se libera inmediatamente y debe — ser el cesionario quien reclame del cedente (art. 1527). De igual modo, cuando se realiza a título oneroso, el cedente de buena — fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, pero no responde de la solvencia del deudor (art. 1529). En las cesiones por virtud de la ley o por disposición judicial, son aplicables las reglas de la cesión convencional (104) estableciéndose ciertas excepciones, como las obligaciones con carácter personalísimo, los créditos inembargables y las que — por convenio previo con el deudor la excluyan. Como puede ver se, en todos estos casos, el crédito se transmite sin detrimento de su contenido y sin necesidad de recurrir a la ficción de la extinción, cuando un tercero accede al puesto del acreedor sustituyéndolo. Por tanto, la producción de efectos en todos estos

(103) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 383, sostiene que se re quiere forma escrita cuando se trata de créditos hipotecarios, deudas inmobiliarias y deudas de renta. Por otra par te (Espín Cánovas, Manual cit., p. 229) se expresa que la — Ley no impone forma alguna, como propia de la cesión, pe ro como esta se adapta al negocio que le sirve de base (com praventa, donación, etc.), habrá de observarse la forma exi gida por dicho negocio para que tenga eficacia.

(104) Cfr. Enneccerus-Lehmann, Ibid., pp. 405 y ss. Indican que esta clase de cesiones proceden cuando la ley lo prescribe para ciertos casos como el del llamado derecho de satisfac ción que se transmite al que lo satisface, al deudor solida rio, al fiador, etc.; o cuando en la ejecución forzosa se — adjudica por el Juez el crédito que el acreedor ha embar ga do a su deudor.

tipos de cesiones, como de subrogaciones, en una sola dirección establece la imposibilidad conceptual de una extinción de la obligación sólo con relación al acreedor, representando este cambio con sus efectos una esencial modificación; ni siquiera la subrogación y sus formas reconocidas por la doctrina tiene efectos extintivos, y de ahí que se haga necesario también rechazar la inclusión del texto legislativo español dentro de aquél grupo de teorías eclécticas (105), como se quiere, cabalmente atendiendo a esa razón de encontrarse dentro de la novación. En consecuencia, la naturaleza jurídica de la cesión de créditos o la subrogación en pago, cuando tengan lugar por cualquiera de las formas indicadas, determina la subsistencia de la obligación, concretamente por sus efectos, que conserva su contenido invariado, y en ningún momento se refiere a la extinción ni a la creación de otra nueva. Proclama, en definitiva, la subsistencia modificada de la obligación y la transmisión del crédito.

Veamos ahora si con la sustitución de deudor a través de la asunción de deuda se llegaría a producir el mismo efecto de la subsistencia de la obligación con la transmisión de la deuda o si podría acontecer la extinción.

La asunción de deuda, al igual que los otros modos de transmisión del crédito, es un contrato abstracto (106), "por el cual -

(105) Varios autores, justificando la defectuosa técnica del Código civil por el amplio y desnaturalizado concepto que de la novación tiene, llegan a admitir y concebir que se podría considerar la subrogación como novación meramente modificativa o impropia (Cfr. Espín Cánovas, Manual cit., p. 250), aunque también las partes interesadas puedan convenir realizar una novación por cambio de acreedor, que es posible pero - sumamente improbable (Cfr. Puig Brutau, Fundamentos cit., pp. 476-477).

(106) Cfr. Hedemann, op. cit. p. 210.

un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta — entonces deudor" (107), y puede concluirse entre quien asume — la deuda y el acreedor, o entre aquél y el deudor, bastando para este segundo caso la ratificación posterior del acreedor, a partir de la cual es cuando verdaderamente queda liberado el — deudor (108).

Si bien con la novación el deudor queda liberado también y el contrato hace nacer una nueva obligación, cancelando en el momento de su celebración los derechos accesorios del primitivo crédito, en la asunción solo cambia la persona del deudor, permaneciendo intacta en lo demás la obligación, siendo los dos -- efectos que se producen: "eximir al deudor anterior (del deudor primitivo) y obligar a la persona que asume la deuda" (109); la "obligación que la persona que asume la deuda contrae para con

(107) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 410. Asimismo, indican — que la obligación sigue siendo la misma y que la opinión de minante así como la jurisprudencia se manifiestan en tal — sentido. Solamente, señalan, disiente Strohal (Ibid., nota 1) para quien el derecho del acreedor a dirigirse contra el — patrimonio del deudor es un elemento esencial del derecho del crédito, viendo en toda sujeción, afectación o responsa bilidad, un crédito especial del acreedor y considerando — como nuevo el crédito contra el que asume la obligación, — puesto que su patrimonio responde, queda afecto a aquél y el primitivo deudor queda exonerado de la ejecución.

(108) Se señala por la doctrina (Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 410, y ss.; von Tuhr, op. cit., p. 331; Hedemann, op. cit. p. 210 y ss) que la asunción presupone una obligación váli da y aún así pueden asumirse las imperfectas, las futuras y las condicionales, no excluyéndose tampoco las deudas — litigiosas. En cuanto al consentimiento del acreedor median te la ratificación al contrato celebrado entre el deudor y el tercero que asume la deuda, puede efectuarse de modo ex preso o tácito, exigiéndoseles que deben de igual modo co municar a aquél a fin de que la ratificación pueda tener lu gar. Esa comunicación, aclaran, no reviste carácter nego

el acreedor es, en cuanto al contenido, idéntica a la obligación del deudor a quien se exime de la deuda. A diferencia de la novación, la asunción de deuda no puede introducir más que un simple cambio en la persona del deudor. La asunción de deuda puede concebirse, en cierto modo, como un acto de sucesión en la deuda, del mismo modo que el cesionario viene a ocupar por su cesión el lugar del cedente" (110).

La naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda se ha discutido por la doctrina alemana, acogiéndose por Enneccerus-Lehmann (111) la denominada "teoría de la disposición por la que el deudor conviene con el que asume la deuda que éste se constituya, en su lugar, en deudor de la antigua obligación convenio que tiene una disposición sobre el derecho de crédito del acreedor, ya que éste en lo futuro en vez de dirigirse contra el antiguo, tendrá que hacerlo contra el nuevo, de manera - que el derecho de crédito se modifica y, por consiguiente, lo mismo que toda disposición, requiere la ratificación del titular

(cont. pág. ant.). ... cial ni es una declaración de voluntad, sino un acto semejante a los negocios al que se le aplican las reglas de la capacidad, impugnación, representación, etc.

(109) von Tuhr, op. cit., p. 334.

(110) von Tuhr, Ibid, p. 340. Manifiesta que como la persona que asume la deuda no quiere obligarse más que en la medida - en lo que estuviese el deudor al realizarse el traspaso de deuda, le asisten todas las excepciones nacidas de la obligación con que contaba el deudor en aquel momento, excepto las que personalmente competían a éste, como las que le asisten a su persona en virtud de su relación con el deudor primitivo, así como todas aquellas objeciones por las que se deduzca que el deudor no está obligado o había dejado - de estarlo en el momento de asumir el nuevo la deuda.

(111) Cfr. op. cit. pp. 414 y ss.

(112) sin que tengan ninguna justificación "los ataques contra el carácter de disposición que es propio de la asunción de deuda, pues el concepto de disposición no comprende sólo la enajenación y el gravamen, sino también la modificación de los derechos existentes (en tanto que la modificación no consista solamente en una ampliación o robustecimiento)" (113), siendo, entonces su efecto primordial a que en lugar del hasta entonces deudor, se coloque en el concepto de deudor de la misma deuda el tercero - que la toma a su cargo.

En lo que respecta al Derecho español con relación a la sustitución del deudor, conforme lo prevee el artículo 1203, 2º, del Código civil, según algunos, el propio texto no impide ni cierra la posibilidad de que se pueda construir la asunción de deuda y, más específicamente, que se pueda transmitir la deuda mediante una modificación de la obligación sin que fatalmente deba destruirse la relación obligatoria (114).'

(112) Según von Tuhr, op. cit., p. 334, el acto de asunción puede concebirse de distintos modos, como un contrato celebrado entre el acreedor y la persona que asume la deuda por un efecto reflejo a favor del deudor (es la llamada teoría contractual), o como un contrato entre el deudor primitivo y el transmisionario de la deuda, combinado con el consentimiento (ratificación) del acreedor que pierde su derecho contra el primitivo deudor (es la llamada teoría de la ratificación), y en el Derecho alemán se establecen las dos modalidades de asunción que equivalen a las dos teorías. En el Derecho suizo, para el Código de Obligaciones, se adoptó el punto de vista de la teoría contractual, aunque solo para el caso corriente de asunción de deuda.

(113) Enneccerus-Lehmann, op. cit. p. 415, nota 18.

(114) Véanse las supras notas 70, 62 y 55, en donde los autores aquí citados, sin reparos o moderadamente, admiten la modificación subjetiva por cambio de deudor. Así García Amigo (Transmisión cit., p. 45) manifiesta que en el ordenamiento jurídico español es posible transmitir las relaciones --

En definitiva, entonces, también por la naturaleza del — contrato de asunción de deuda se predica, a pesar del cambio — que a nuestro juicio es sustancial, la subsistencia modificada de una obligación existente junto a la transmisión de la deuda. No importan las razones que le sirvan de fundamento para esos efectos, sino lo interesante es haber arriado con esta otra institución a que el cambio de deudor no significa, ya para el Derecho moderno, la destrucción de una obligación y el nacimiento de — otra.

Cuando las partes acuerdan mediante una convención la modificación de la prestación o alguna de las condiciones principales de la obligación no hacen otra cosa que disponer, mediante

(cont. pág. ant.). . . obligatorias por la asunción de deudas a través de un negocio típico (art. 118 de la Ley Hipotecaria) o bien de un negocio atípico (art. 1255 del Código civil) por otro lado, Pérez González y Alguer (Notas a Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 420), afirman que el término novación, conforme al articulado del Código civil, puede significar tanto la extinción de una obligación preexistente mediante la creación de otra nueva como la modificación de — una obligación existente con la variación, sustitución ó — subrogación de algunos de sus elementos, que no hay en el Código precepto que sancione que la sustitución del deudor, a fortiori, implique extinción de la obligación primitiva, que la novación no se presume y esta ausencia de presunción — debe referirse también al caso de sustitución de deudor y, que aunque el Código no regula asunción de deuda, tampoco la prohíbe ni la excluye que se lleve a la práctica. Según Cánovas (Manual cit. p. 262), hace eco de que la doctrina se muestra favorable ante la posibilidad de transmisión de las deudas y que también el Tribunal Supremo declara que en el Código civil no "existe precepto que prohiba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el — cual un tercero con asentimiento del acreedor, toma a su — cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo (Sentencia 10 febrero 1961)."

una declaración de voluntad por la que se manifiesta su deseo de modificar, de una parte del crédito de menor efecto y no del todo como sucede en las modificaciones subjetivas. Dicho acto que va inmerso dentro del negocio de modificación es distinto del novativo, pues si en este desde el punto de vista económico la deuda sólo se considera transformada, desde el jurídico se constituye una nueva que extingue a la antigua (115), ya que por él en la modificación la obligación tanto desde el aspecto jurídico como del económico sólo se considera transformada, viniendo el segundo a condicionar al primero ya que la misma se efectúa, dentro de los múltiples motivos, precisamente atendiendo solo a razones económicas que median entre las partes con respecto a la obligación y que en cierto modo impiden su normal cumplimiento o desarrollo, ya sea por hechos internos o externos a la relación. Entonces, la modificación cumple una función de agilización de una obligación que se encuentra estancada por factores extraños que obstaculizan en última instancia su cumplimiento. Esto la situa indefectiblemente en una fase que no es la de la extinción ya que la función de la modificación es cabalmente que ésa se realice por los causes normales en el tanto que con ella las partes cuentan con que el cumplimiento es seguro y posible, porque con la modificación las partes no van a dirigirse al objeto debido ni a la condición principal impuesta en los términos que se encontraban antes de la varia

(115) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 370. En nota 15 manifiestan que no cabe insertar la imagen de la significación económica como *transfusio et translatio* es la construcción jurídica de la novación, como se ha hecho al decir que la materia de la obligación antigua se transfiere a la nueva. La obligación no es material y puede pensarse como materia. Es meramente una relación, y el intento de representarse la esencia de la novación como una transformación material solo consigue oscurecerla.

ción, sino, actualmente, si bien se dirigen a esos mismos, lo harán adheriéndose a los cambios introducidos que han sido por -- ellas convenidos, restando las primeras cualidades que reves-- tían extinguidas; ello es así porque la modificación no tiene por -- objeto suprimir simplemente una de las condiciones principales, en este caso no puede incluirse la prestación porque sería ilógico, sino que permaneciendo los mismos elementos objetivos de la relación obligatoria, quedando en pie, se propone sustituirlos por otros con otras cualidades, seguramente más ventajosas para los interesados, aunque económicamente sean más onerosos que los anteriores, eso sí, sin que se varíe por la modificación la identidad de la obligación. Mientras ello no ocurra, toda clase de modificaciones son posibles tanto las que se efectúen sobre el tipo de prestación, como las que comprendan el objeto material, sin -- que se esté en este caso frente a una dación en pago. La modificación que abarque al tipo de prestación puede recaer en aquellas obligaciones dinerarias o de servicios en las cuales la de dar cierta cantidad puede cumplirse con una actividad que realice el deudor, o en las de servicios, la de hacer una actividad puede -- cumplirse con entregar un objeto o una cierta cantidad de dinero. Pero, hay otras que efectuadas sobre la prestación pueden diferir la identidad y ello sería, por ejemplo, en la compraventa en donde la obligación de dar no puede sustituirse por otra de hacer, sin embargo, en el mismo caso o en el de la donación o cualquiera otro que se quiera, perfectamente la modificación puede recaer sobre el objeto material sin que la identidad de las obligaciones nacidas de los mismos se perjudique y son los casos en donde se puede variar o sustituir un determinado y específico objeto por -- otro como un caballo por un automóvil o en la promesa de donación un bien mueble por un inmueble, según sea la voluntad de -- las partes. Ello demuestra que la modificación puede compren--

der las partes más esenciales de la prestación sin que se extinga la obligación, lo que desecha que la "significación económica" — pueda ser determinante para detectar subsistencia modificada o — novación, conservando todos los derechos accesorios y las garantías.

La modificación como acto de disposición incide directamente sobre el patrimonio del acreedor y deudor en un doble aspecto, en el sentido de que si representa un aumento o disminución del — valor del crédito éste vendrá a engrosar, conservar, beneficiar — el del sujeto que lo recibe o el del sujeto que lo cumple, porque — la ley no prohíbe que el acreedor desee beneficiar al deudor como tampoco que éste se obligue pecuniariamente a más de lo debido. Por otro lado, esa incidencia se manifiesta también al disponerse con la modificación, cuando esta es propuesta por el deudor y luego aceptada por el acreedor, del interés que éste puede tener en el cumplimiento de la originaria prestación o en el mantenimiento de ciertas condiciones principales que adornan y protegen su crédito. Pero estas disposiciones no influyen para nada en la esencia de la misma obligación que continuará subsistiendo.

En conclusión, tanto como la subrogación en pago, la cesión de créditos y la asunción de deuda son negocios de disposición del crédito y la deuda, el contrato de modificación objetiva, en cuanto convenido entre las partes que conforman el vínculo obligatorio, es un negocio de disposición sobre la prestación y las — condiciones principales de la obligación y que aún pudiendo ser — económicamente superior la variación introducida de modo que el patrimonio del deudor venga disminuido o el interés del acreedor afectado, que siempre, al igual que lo hacen aquellos, mantendrá la subsistencia de la obligación, precisamente porque el término modificación no alude para nada a la idea de extinción.

La modificación objetiva en principio se puede realizar so
bre cualquier obligación existente (116), salvo ciertas excepcio—
nes que luego veremos. La imposibilidad de realizarla en algunas
obligaciones representa una limitación que viene impuesta en ra—
zón de ciertas circunstancias externas a la misma obligación --
(117).

Cualquier clase de obligación, ya sea por razón de la pres
tación, como por su conexión, principales o accesorias, puras,
condicionales y a plazo, así como cualquier tipo de prestación ó
ciertos elementos como la cláusula penal, el plazo, los intereses
la fianza, la prenda o hipoteca, etc. pueden ser susceptibles de
una modificación sin que la esencia de la misma se vea alterada y
deba considerarse que se está frente a otra.

Generalmente, cuando la modificación recae sobre la pres
tación o el objeto material, simultáneamente también se modifican
los derechos accesorios que garantizan la obligación y que, en mu
chos casos, por ella misma, se podría producir la extinción de es
tos conjuntamente con la modificación porque dejan de ser trascen—
tes con relación al objeto. Tales son los casos, por ejemplo, cuan
do el crédito dinerario está garantizado por una fianza que se ex—

(116) Cfr. Albaladejo García, op. cit., pp. 273-274, quien afirma —
que incluso pudiéndose tratar de obligaciones condicionales
o anulables, la modificación se realiza y que en tales casos
esas vicisitudes continúan existiendo después de la modifi—
cación, salvo que ella suponga una convalidación.

(117) La imposibilidad para modificar objetivamente una obligación
se determina, al igual que en las modificaciones subjetivas,
por su naturaleza, por disponerlo así las partes o por dis—
posición de la ley. En este sentido, también, Albaladejo Gar—
cía, Ibid., p. 274; Hedemann, op. cit. p. 206; von Tuhr, op.
cit., p. 338.

tingue en el momento en que se conviene en cumplir la obligación con una actividad personal del deudor. O bien, otro caso, cuando una prenda garantiza el crédito por la compra de un determinado automóvil y luego se conviene que en lugar de éste se dará otro de distintas cualidades, la modificación se extiende también a la garantía en el tanto que debe ajustarse al nuevo objeto. Y, yendo más lejos, en el mismo caso de la compra venta de un auto móvil garantizada con prenda, si posteriormente se conviene en dar y recibir un inmueble, el derecho accesorio se transforma, si se desea que la obligación continúe garantizada, en uno de hipoteca. Todos estos supuestos nos demuestran que la modificación de la prestación y el objeto en sí en muchos casos acarrea conjuntamente la de los derechos accesorios, como en otros, que estos se extingan, aunque esto último es la excepción al principio de que con la modificación de cualquier naturaleza las fiarzas y esos derechos, al igual que la obligación, subsisten, pues si su persistencia en los casos de alteraciones subjetivas obedece a disposiciones de la misma ley o al consentimiento que puedan dar los terceros garantes, cuando no es el propio deudor quien garan tiza con otros bienes de su patrimonio, con mucho más razón en las objetivas en donde por una parte, los fiadores continúan sién dolo del mismo sujeto pasivo y, por otra, cuando es el mismo deu dor, él puede constituir nuevas garantías que se adecuen a la na turaleza del nuevo objeto.

No hay duda, entonces, que la modificación objetiva puede comprender todos los elementos de esta naturaleza que confor man la obligación (118), pero siempre en atención a la voluntad -

(118) Cfr. Díez Picazo y Gullón, Sistema cit., p. 194, quienes sos tiene que la modificación puede consistir en un cambio en - la naturaleza de la prestación, en un aumento o reducción -

de las partes que será la determinante para separarla de la novación, por encontrarse tan estrechamente ligada a ésta dentro de la técnica del Código Civil, y cuando por la magnitud del cambio no se perjudique la identidad de la obligación (119).

Dentro de la categoría que no admiten modificaciones se encuentran las obligaciones de dar alimentos, que por su carácter personalísimo y prioritario deben satisfacerse por el obligado a darlas en los mismos términos que han sido impuestas por el Juez o el contrato que las generó, siempre y cuando no haya habido cambio de circunstancias de quien la da y de quien la recibe, lo que vendría a excluir la convencional mientras esto no ocurra, cualesquiera otras que las partes acuerden junto con su nacimiento de no poderse modificar porque el acreedor o el deudor tienen interés o les conviene que la prestación sea la misma hasta su cumplimiento y, finalmente, las que por disposición de la ley no la admiten, como la del deber de custodia que nace con el depósito y cualesquiera — otras que impongan un deber específico a uno de los sujetos.

(cont. pág. ant.). . . de la misma, en la plena concreción de una prestación que antes no se encontrara plenamente determinada, etc.

- (119) En este sentido lo dan a entender, como ya lo hemos dicho, En neccerus-Lehmann, op. cit., p. 220; con Tuhr, op. cit. p. 148, que afirma "De la novación hay que distinguir los cambios intrínsecos que pueden realizarse en el crédito subsistiendo su identidad. Estos cambios pueden consistir en aumentar o disminuir la prestación o en sustituir el objeto primitivo de ésta por otros. El crédito primitivo se considera subsistente a pesar de estos cambios, por tanto, los fiadores y — prendarios siguen respondiendo, siempre y cuando que los cambios sobrevenidos en el crédito no impliquen una agravación de responsabilidad. — Puig Brutau, Instituciones cit., p. 469, sostiene, que: "Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que sólo se trata de consideraciones formuladas con motivo de interpretar la voluntad de los interesados o de establecer lo que — en cada caso sea más racional. Las circunstancias que concurren han de ser tenidas en cuenta en primer lugar.

B. - Elementos o requisitos

Son elementos o requisitos esenciales para el contrato - de modificación, aparte de los necesarios para toda clase de contratos (120), una obligación existente y válida el ánimus modificativo y un cambio o sustitución de un elemento de esa obligación.

La existencia de una obligación válida es el principal de todos y de la misma depende su eficacia, tal y como lo ha dicho - la doctrina, así: "Para la eficacia del contrato de modificación - de la obligación se requiere la existencia de ésta, pero, exacta-
mente como el contrato de remisión, es un contrato abstracto, o - sea que modifica la relación obligatoria aunque las partes tuvie-
ran un pensamiento distinto sobre la causa en virtud de la cual se conviene la modificación. Pero, claro está, que el que se enriquece se sin que por virtud de un contrato de modificación responde con arreglo a los principios relativos a la restitución del enriqueci-
miento sin causa " (121). Esa obligación existente que le sirve de

(120) Se señalan por la doctrina como elementos indispensables para todo contrato: el consentimiento, el objeto y la causa -- (Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 308; Díez Picazo y Guillón, op. cit., p. 37; Espín Cánovas, Manual cit., p. 364, etc Sin embargo, Albaladejo García advierte que el art. 1261 - del Cód. Civ. no significa que esos sean los elementos del contrato en el sentido que ha dado a elemento de pieza com-
ponente del negocio jurídico. Efectivamente (Cfr. Derecho - cit. I, 2º, p. 145) manifiesta que el elemento imprescindible en cualquier negocio es la declaración de voluntad, pero como se ha visto, en cualquier negocio, porque no todos son iguales, pueden requerirse más elementos del mínimo indis-
pensable común a todos ellos.

(121) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 220. En el Derecho español, Hernández Gil, El ámbito cit., p. 800, examinando - las diferencias entre la novación y la modificación, expresa que "tanto la novación extintiva como la meramente modificativa requieren la preexistencia de una obligación y un nue-

fundamento puede ser condicional o a plazo, o anulable y aunque con la modificación nada impide que siga siéndolo, tampoco obstaculiza para que ella, independientemente o en forma subsidiaria, disponga la convalidación o la condicionalidad que la afecta. También pueden ser modificables las obligaciones futuras, con — tal que el contrato se efectue después de su nacimiento, que es — lo más lógico. Esto encuentra su justificación en la misma posibilidad que existe de transmitir créditos y deudas futuras y por — disponerlo así la ley (cfr. art. 1526) (122). De igual modo, pensamos que los créditos litigiosos en sede jurisdiccional siempre y cuando no haya todavía recaído sentencia. Aunque en este caso podría verse una especie de transacción judicial precisamente — por estar la obligación pendiente del conocimiento de los Tribunales, sin embargo, en lo que se refiere a la modificación el nuevo elemento debe continuar sometido a ese conocimiento, no a la aprobación del Juez, si es que conjuntamente no se ha transado ni solicitado que se dé por terminado el pleito.

El segundo elemento, el *ánimus modificativo*, es consustancial al contrato de modificación y por encontrarse este tan estrechamente relacionado con la novación en el Derecho español, es que su determinación se hace necesaria para distinguirlo del *ánimus novandi*, que es lisa y llanamente extinción de una obliga

(cont. pág. ant.). . . vo acuerdo entre las partes que afecte de algún modo a la relación precedentemente establecida"

- (122) Cfr. Enneccerus-Lehmann, op. cit., pp. 385 y 410, quienes sostienen que no hay obstáculo alguno para la cesión de un crédito futuro o de un crédito que sólo fuguramente haya — de adquirir el cedente, como tampoco que puedan asumirse las deudas futuras y que en ambos casos la transmisión se opera en el momento en que el crédito o la deuda nazcan.

ción mediante el nacimiento de otra. Por este elemento se viene a producir el principal efecto que es la subsistencia de la obligación junto con los derechos accesorios que la adornan, ya que - no crea ninguna otra nueva obligación, y solo salvo ciertas modificaciones, aún cuando sea patente ese ánimo, alcanzarán a producir los efectos de la novación si con ellas se cambia la identidad de la obligación. En vista de ello, y de que todavía en la doctrina se piensa que cualquier modificación sustancial daría lugar a una novación (123), es que la voluntad de las partes debe declararse expresamente; declaración que no debe revestir ninguna - formalidad, pero si constar de un modo indubitable, especialmente cuando el contrato que generó la obligación ha debido revestir cierta forma exigida por la ley y su naturaleza, a fin de evitar que "si el ánimo modificativo no consta, nace una segunda obligación además de la otra (pues, entonces, hay que decirse por la voluntad, no de modificar la obligación, sino de obligarse de nuevo" (124).

Finalmente, el cambio o sustitución de un elemento de la obligación existente debe significar una novedad, pues, de lo con

(123) Cfr. SanchoRebullida, op. cit., pp. 379-380, quien dice que - "en general, toda alteración de la eficacia del vínculo supone - frente a "modificación"- verdadera novación: así, las condiciones principales en su estricta significación técnica". Incorrectamente, Albaladejo García, op. cit., p. 270, para quien "establecer una novación modificativa cuando la antigua obligación y la nueva sean de todo punto incompatibles; pues, entonces, la naturaleza de las cosas (además, art. 1204, in fine), implica novación extintiva y lo único - que las partes pueden hacer, si no quieren extinción, es - llevar a cabo un cambio menos trascendental".

(124) Albaladejo García, Ibid., p. 274.

trario no tendrfa ningún objeto la modificación. Albaladejo habla de "aliquid novi" como requisito de la modificación (125) y es que efectivamente el cambio introduce en la obligación una variante — que no existfa, a través del mismo elemento sustituido que bien puede ser idéntico al sustituido pero con cualidades distintas o totalmente diferentes. Distinto de la novación, en donde el elemento nuevo consta en la nueva obligación que se crea y nunca en la precedente, en la modificación el mismo se coloca en supresión o adhesión de uno de la obligación ya existente, siendo esta la — que sufre en su estructura o composición los efectos que deriven de ésa. Ahora bien, el elemento nuevo no sólo está referido a — aquellos que se indican en el artículo 1203, 1º, sino a cualquier otra modificación incluso secundaria, porque el término sin hacer ningún distingo ha de verse realizado incluso en los que no — revisten nota de principalidad.

C. — Prevalencia de la voluntad de las partes y su fundamento en el art. 1255 del Código Civil

A falta de una normativa que regule la modificación por — cambio de objeto, conforme la preveé el art. 1203, 1º, no queda otro recurso que echar mano a los principios generales del contrato y más específicamente al artículo 1255 del Código civil, que recoge el principio de autonomía de la voluntad en la contratación.

A pesar de que en la vida moderna por ese principio la — autonomía de la voluntad de las partes ya no goza de una ilimitada libertad, sobretodo obedeciendo a razones sociales o económicas (126), en lo que se refiere al contrato que ahora nos intere-

(125) Albaladejo García, Ibid, p. 274.

sa no pueden haber más limitaciones que las mismas que la norma señala.

Dada la confusión que existe en el Código civil en torno a la novación, según Puig Brutau (127), "en el Derecho moderno las reglas de la novación son compatibles, en principio, con la voluntad de los sujetos de derecho para obligarse, liberarse o alterar sus relaciones jurídicas de la manera que estimen conveniente, sin más límites que los resultantes del art. 1255 del Código civil. Las partes pueden extinguir una obligación sustituyéndola completamente por otra o pueden limitarse a modificarla". En — efecto, dicho precepto autoriza la modificación, flexibiliza las — reglas de la novación y permite que la voluntad de las partes de— termine para cada caso concreto la extinción o la subsistencia de las obligaciones (128), pero, además de ello, confiere un grado

(126) Cfr. Albaladejo García, op. cit., pp. 307-308, quien indica que la limitación se deja percibir en tres aspectos: 1) La — pérdida total o parcial de libertad para celebrar los parti— culares determinados contratos: cuando no se permite la celebración a ciertas personas o cuando concurren determina— das circunstancias (comprar o vender tales mercancías o — productos sometidos a intervención estatal) o cuando lo au— torice el poder público; 2) la pérdida total o parcial de liber— tad para fijar los particulares el conjunto de derechos y — obligaciones a que el contrato dará lugar; 3) la relación que antes surgía entre dos personas cuando éstas la establecían contractualmente, ahora es posible que surja entre ellas por disposición del poder público y no por acuerdo de los intere— sados.

(127) Fundamentos cit., p. 458.

(128) Pérez González y Alguer, op. cit., p. 223, sostienen que — "Frente a la declaración expresa de las partes, o deducida — directa y lógicamente de su voluntad (art. 1281) de no que— rer extinguir la obligación existente sino de modificarla, — aceptada por las partes dicha modificación, ni se produce — lesión en lo prescrito por las leyes (ningún precepto posi—

de libertad por el que las partes, si lo quieren, lleven a cabo - una modificación sustancial sobre los elementos estructurales - de la obligación sin que necesariamente la sustitución de uno de ellos establezca la extinción o el nacimiento de una nueva. Sin embargo, al encontrar la voluntad de las partes un cauce por el cual pueden definir el contenido del contrato celebrado, necesariamente requieren de una declaración expresa que, conforme lo prescribe el artículo 1204, la materialice, si es que así puede llamarse, a fin de delimitarlo de la novación, en la que si bien es cierto es determinable también por una declaración expresa, el tipo de voluntad atiende más a razones de extinción y obligarse de nuevo que a la subsistencia de la misma obligación. Ahora bien, suponiendo que la declaración expresa falte, la misma voluntad al darle contenido al contrato puede diferenciarlo de la - institución extintiva y en tal caso, sí podría hablarse de manifestación tácita de voluntad que persigue el efecto más débil, por -- que, entonces, la misma se halla en los actos llevados a cabo, los cuales son portadores de una intención que no se refleja sobre la totalidad de la obligación, sino concreta y específicamente en alguno o varios de sus elementos, produciéndose en ella -- una especie de trasplante por el que se procura conservarla en vida. El éxito para esta operación, si en buena dosis se debe a la misma voluntad, también ha de verse desde una perspectiva externa en un doble aspecto, uno, como un trasplante de un cuerpo extraño o ajeno a la posibilidad y legalidad de la obligación, y

(cont. pág. ant.) ...vo se opone, reconociendo la modificación o variación al art. 1203), ni afecta a la moral, ni al orden público, no debiendo tampoco aceptarse, el principio, que con ello se produce perjuicio a tercero, ni que la modificación violenta el interés del acreedor puesto que la acepta"

otro, como un trasplante que no es compatible con el resto de la obligación; en aquél caso, la operación contrapone abiertamente a toda la obligación al contenido del artículo 1255, en este -- otro, la reacción a la operación desembocará con la extinción de ésta, por alteración de su esencia o su identidad.

Estos límites a la voluntad de las partes constriñen, si -- no de una manera considerable, en cierta medida el contrato de -- modificación, no en cuanto a los elementos objetivos de la obligación, sino en lo que se refiere a su misma esencia, pues cuando por él se persiguen modificaciones contrarias a la ley, a la moral o al orden público, o se busca una alteración en la identidad de la obligación, deja de ser tal y, aunque se quiera ver modificación, se convierte en un medio extintivo de ésta.

Aunque realmente el contrato de modificación o la modificación misma de las obligaciones no surge de la norma del artículo 1255, puesto que es la otra, la del artículo 1203, la que viene a plasmarlo en el Código civil, la primera de ellas no es más que un indicador de la voluntad de las partes y un ordenador de ésta, ya que la misma modificación de una obligación válida y existente no puede llevarse a término si no de la misma forma como se creó. En otras palabras, al permitir el artículo 1203, la modificación de las obligaciones, lógico es que para efectuarla sobre el objeto, porque unilateralmente ninguna de las partes puede hacerlo, se requiera el consentimiento o la concurrencia de la otra voluntad distinta de la del sujeto que la quiere realizar y esto no se puede lograr si no es a través de un convenio o pacto que lo -- autoriza el artículo 1255. Esta norma no crea aisladamente lo -- que se conoce como "contrato de modificación", se limita tan solo a darle un contenido al acuerdo de voluntades que se funda en la otra norma. De ahí la convergencia necesaria de estos dos ar

títulos por los que la voluntad de las partes llega a ser constructora de un mecanismo que admite la subsistencia de las obligaciones e impide un efecto más grave, que si bien no se puede decir que en la actualidad es obsoleto pues entre más entre más oportunidades tenga el deudor de lograr extinguir las obligaciones y liberarse de la deuda mejor se puede considerar un ordenamiento jurídico, y también necesario en otros casos como es la novación aunque en el fondo sea una ficción de la extinción.

En resumen, por encontrarse la modificación de las obligaciones en la sección que el Código civil destina a la novación y tan ligada a ésta institución, a la que siempre se le ha considerado como una modificación con "efecto más fuerte" por parte de la doctrina y jurisprudencia, cuando en realidad no es tal, porque la obligación que se extingue no ha sufrido ni en su estructura ni en su esencia cambio o alteración alguno y la nueva que se crea debe diferir en algún punto de la extinguida, porque si así no fuera se podría estar frente a un caso de mera reproducción o en algunos de coexistencia cuando la precedente no se ha extinguido, en lo que atañe a la modificación, por la que mientras no se toque a la identidad de la obligación, la voluntad de las partes al quererla no busca otra cosa más que su subsistencia, ya que tanto el acreedor como el deudor por un cambio en la prestación o en alguna condición principal no quieren ver extinguidas las garantías y las excepciones que de ella se derivan, a través de un especial tipo de ánimus que encuentra su canalización y plasmación en el contrato que la ley permite concebir para obtener aquél efecto. La voluntad de las partes es la que en todos los casos vendrá a determinar la modificación de la obligación y su subsistencia; la modificación, aunque incorrectamente, pero vale para el actual Derecho español, es la que en muchos casos establecerá la nova

ción por incompatibilidad extinguiendo la obligación que le ha servido de fundamento y creando una nueva que contiene la modificación querida. Para la subsistencia se impone necesariamente un especial tipo de ánimus; para la extinción por modificación una presunción de novación.

PARTE SEGUNDA

LA DACION EN PAGO

1. - CONCEPTO Y NATURALEZA

La dación en pago (129) como un modo de extinción de las obligaciones, es considerada como una forma de pago que extingue la obligación mediante la realización de una prestación distinta, aliud, de la que constituye el objeto de la obligación y - consiste en la entrega de un bien distinto del que inicialmente se había establecido (130).

Como tal, es un negocio jurídico, a través del cual el deu--dor conviene con el acreedor en transmitirle la propiedad de un determinado bien en cumplimiento de una obligación existente entre ambos en lugar del objeto realmente debido.

(129) En el Derecho romano, el acreedor no podía ser obligado a aceptar una cosa diversa de la que se le debía, excepto - solo en el caso del proceso donde la condena pecuniaria - hacía que cediera a que el objeto de la obligación fuere - sustituido por una suma de dinero. Pero, si aceptaba que se le pagase aliud pro alio, entonces se obtenía la datio - in solutum. En el Derecho clásico hubo controversia, pues según los Sabinianos, la obligación se extinguía ipso iure como si la prestación debida se hubiese realmente llevado a cabo; para los Proculyanos, la obligación estaba extinguida solo ope exceptionis (en el entendido que habiéndose el acreedor contentando con otro objeto, puede dolosamente pretender todavía aquél de la obligación). Con Justiniano se consolida la opinión de los Sabinianos. - Cfr. Bon--fante, op. cit., p. 428; Arangio-Ruiz, op. cit., p. 394; Jörs Kunkel, op. cit., 280, todos a supra nota (27)

(130) Cfr. Díez Picazo y Gullón, op. cit. p. 151.

La doctrina científica no ha llegado todavía a un punto de entendimiento en cuanto a si el cumplimiento que se opera mediante la dación en pago lo es con otra prestación o, por el contrario, sólo con la entrega de una cosa corporal. Las opiniones han sido muy diferentes y esto ha dado lugar a dos tendencias que en seguida veremos.

Una parte de la doctrina afirma que con ella se cumple con una prestación en vez de otra (131); es decir, con una prestación distinta de la primitivamente pactada que extinguiría la obligación. Esta corriente que admite en la dación en pago la realización de otra prestación distinta de la debida, está representada entre otros por Castán (132), de Cossío (133), Puig Brutau (134), Espín Cánovas (135), Merino Hernández (136) y Fernández Rodríguez (137), y a diferencia de la otra corriente que luego veremos no limita el instituto a una sola especie, aquella de la datio pro soluto, que atribuye al acreedor un derecho real, sino que permite además la otra, sea la datio pro solvendo, mediante la cual el pago también se puede dar con la transmisión de un derecho o un crédito o con cualquier actividad positiva o negativa de hacer, sin que esta mutación del objeto de la obligación tenga que impon

(131) Albaladejo García, op. cit., p. 114.

(132) Op. cit., p. 317.

(133) Instituciones cit., pp. 326-327.

(134) Op. cit., p. 347.

(135) Op. cit., p. 135.

(136) Merino Hernández, José Luis, La dación en pago (Separata de Revista de Derecho Notarial, 1975), pp. 81-82.

(137) Fernández Rodríguez, Carlos R., Naturaleza jurídica de la dación en pago, en Anuario de Derecho civil, 1957, p. 790

tar una novación o una modificación. Es más, hay autores que - sostienen que puede darse en pago un crédito contra un tercero o que el deudor asuma una nueva obligación en lugar de pago, como por ejemplo, cuando expide una letra de cambio conviniendo que con la entrega queda cumplida la deuda (138). Concluyendo, entonces, la nueva prestación se realiza a título de pago y debe ser "distinta de la prestación inicialmente debida" (139)

La otra corriente doctrinal sostiene que con la datio in solutum se transmite la propiedad de una cosa corporal que el acreedor acepta recibirla en lugar y en pago de la prestación debida (140). Esta corriente está representada también por Carbonnier (141) y en el Derecho español por Puig Brutau (142). Efectivamente hay una limitación de la figura a una sola de sus especies la datio pro soluto, con lo que se viene a asimilar a un contrato real, porque muchas veces se encuadra dentro de estos (143).

Conceptualizando estas dos corrientes a la dación en pago - como una forma de pago mediante la cual la obligación se extingue con la entrega de una prestación distinta de la primitivamente debida, han surgido dos teorías, probablemente a raíz de esta última corriente doctrinal, que la asemejan una, por un lado, a la compraventa, y otra, por el otro, como a una compraventa

(138) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 321.

(139) Fernández Rodríguez, Ibid., p. 755.

(140) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 173, supra nota (64)

(141) Op. cit. p. 199, supra nota (92)

(142) Op. cit. p. 188.

(143) Fernández Rodríguez, Ibid., p. 792, niega que sea un contrato real, aunque admite que podría celebrarse en muchas ocasiones como un contrato manual.

Los autores que relacionan la datio a la compraventa sostienen que la cosa dada en pago ocupa el lugar de la cosa vendida y - que el precio representa la cantidad debida. Esta teoría tiene origen francés y fue precisamente Pothier quien trata de establecer las diferencias entre ambas instituciones (144), y de acuerdo con Fernández Rodríguez (145), en el Derecho español posterior al Código civil son partidarios de ella, entre varios, Sánchez Román y Manresa (146).

La teoría que asimila la dación en pago como una compraventa sostiene que el precio de esta se compensa, por el convenio entre las partes, con el crédito en pago del cual se realiza el aliud. Tanto Schliemann como Bekker, citados por Fernández Rodríguez (147), equiparan la dación a una compraventa en

(144) Cfr. Tratado de los contratos (Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1948), T. I. p. ..., señala tres diferencias: 1º. El contrato de compraventa es de los consensuales; para la dación en pago es necesaria la tradición. 2º. Si se vendiese una cosa y se compensase su precio con una cantidad que el vendedor creía erróneamente deber al comprador, tan sólo puede repetirse el precio equivocadamente compensado; si se da una cosa en pago de una cantidad equivocadamente creía deberse, puede repetirse la cosa misma. 3º. En la compraventa no hay obligación de transmitir la propiedad, en la dación en pago es requisito esencial la transmisión de la propiedad.

(145) Op. cit. pp. 757 y ss.

(146) Cfr. Fernández Rodríguez, Ibid. nota núm. 21. p. 758; — Manresa, op. cit., p. 421, además afirma que la dación en pago constituye una novación puesto que crea una nueva relación jurídica.

(147) Op. cit. p. 759. — Die Haftung des Cedenten (Ein Beitrag zur Lehre von der Cession), Rostock, 1848 y Zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, T. VI, 1893, respectivamente.

la que el recibe la cosa, el acreedor, cuasi comprador, viene - obligado a satisfacer el precio que se compensa con su propio - crédito. La diferencia entre ésta y la anterior teoría estriba en que para estos autores "desaparece, por consiguiente, toda referencia entre la dación en pago y la compra venta cuyo precio se compensa con el crédito que el comprador tiene frente al vendedor... " (148)

El Código civil español acoge la dación en pago en los artículos 1521 y 1636 y la parifica a la compra venta como lo sostiene una corriente doctrinal y en algunas ocasiones lo ha ratificado la jurisprudencia (149). Sin embargo, la nueva doctrina ha estimado que esta equiparación es muy discutible y que las normas de la compraventa sólo podrán aplicarse cuando la deuda consista en dinero y se dé en pago una cosa material (150), aún cuando a renglón contínuo indiquen que no puede hablarse de precio en sentido estricto y que el régimen de la compra venta no es plenamente aplicable. Albaladejo rechaza que sea una compra-venta " (en la que lo vendido fuese lo que se da en pago; y el precio el - crédito a cambio del que se da)" (151), pero distingue muy claramente, con lo que estamos de acuerdo, que "aunque no sea una -

(148) Fernández Rodríguez, Ibid. p. 759.

(149) Cfr. Albaladejo García, op. cit. p. 112, Fernández Rodríguez, Ibid. p. 758 y ss. y Puig Peña, op. cit., nota 25, p. 188, que advierte que las diferencias que se han establecido entre la dación y la compra venta son puras sutilezas - aunque no hay una asimilación absoluta entre estos institutos y la solución correcta es estimar que en la dación existen analogías con el contrato de compraventa.

(150) Díez Picazo y Gullón, op. cit., p. 152.

(151) Op. cit., p. 112.

compraventa, sí es compraventa, y no dación, el que cuando al--
guién debe a otro una suma de dinero acuerden los interesados -
que tal suma adquiera el concepto de precio y a cambio de él ven-
da el deudor alguna cosa al acreedor" (152) y finalmente, Fernán-
dez Rodríguez, afirma que "el Código civil español no regula la
dación en pago y alude a ella tan sólo de un modo accidental y sin
tomar partido alguno en torno a la cuestión de su naturaleza jurí-
dica. De probar algo el artículo 1459, número 5º, párrafo 2º, pro-
baría que ambas instituciones son distintas, dado que exceptúa de
la regla general contenida en el primer párrafo del referido núme-
ro y artículo (prohibición de que determinadas personas celebren
la compra venta) el supuesto de que se trate de una dación en pa-
go; este mismo sentido tiene el artículo 1536 en relación con el -
artículo 1535. El artículo 1521, se limita a equiparar la compra-
venta y la dación en pago, basándose en la común nota de la onero-
sidad, a efectos de aplicación del retracto legal, pero no autori-
za una identificación total de ambas figuras; lo mismo puede decir-
se del artículo 1636" (153).

Conociendo, entonces, que la dación en pago no tiene ninguna
relación con la compraventa por ser ambas instituciones de conte-
nido diferente, procede encontrar cuál es la naturaleza jurídica
de aquélla que la hará diferente a su vez de otros modos de extin-
ción de las obligaciones.

(152) Op. cit., p. 113.

(153) Op. cit. pp. 764-765. Espín Cánovas, Manual cit. p. 138, --
sostiene que son evidentes las diferencias entre la dación en
pago y la compraventa aún cuando la nueva prestación consis-
te en la transmisión de la propiedad de una cosa y el conve-
nio es a la vez de enajenación.

No hay duda alguna que para que la dación en pago produzca la extinción de la obligación debe haber un acuerdo entre el acreedor y el deudor mediante el cual el primero acepta una prestación distinta de la originariamente debida por el deudor. Este acuerdo, que puede surgir por iniciativa de cualquiera de las partes, nos lleva a considerar que la figura no es un hecho jurídico, sino, como lo reconoce la mayoría de la doctrina, un negocio jurídico bilateral que precisa como tal del consentimiento de ambas partes (154). Ahora bien, para la perfección del contrato es necesario que tanto el acuerdo que la establece como la entrega de la cosa se efectúen instantáneamente, es decir, en el momento mismo que se cambia la antigua prestación por la nueva ésta debe cumplirse, pues de lo contrario si el cambio se efectúa para cumplir una prestación en un tiempo no actual, habrá una novación por cambio de objeto (155), como la habría también si de acuerdo a la teoría de los autores alemanes (*supra*, nota 10), el deudor asumiese una nueva obligación en lugar del pago. El acuerdo y el cumplimiento de la nueva prestación están

(154) Cfr. Fernández Rodríguez, *op. cit.* p. 784; Díez Picazo y Gullón, *op. cit.*, p. 152, Enneccerus-Lehmann, *op. cit.* p. 320; Merino Hernández, *op. cit.*, pp. 81-82. Véase, contrariamente, Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 319, que la considera como una modalidad o variante del pago que implica a su vez, una transmisión onerosa.

(155) Cfr. Albaladejo García, *op. cit.*, §3, que afirma que "... al acuerdo ha de unirse la entrega de la cosa; pues si ésta, en vez de realizarse, únicamente se promete (quedándose obligado a realizarla), entonces hay realmente novación (extintiva o modificativa) porque se cambia, bien una obligación por otra, bien --dentro de la misma obligación --la prestación debida por otra, y la voluntad de las partes no se encamina al pago (actual), sino a tal cambio, aunque remotamente se persigue (como en la novación) pagar (después) con la prestación nueva en vez de con la antigua".

indisolublemente ligados, lo que nos lleva a afirmar que la dación en pago es un contrato de ejecución inmediata que impide - que la prestación anterior se pueda tener como alternativa hacia el pago. "El cambio que se produce es total, el objeto anterior queda sustituido y el nuevo que lo reemplaza deberá ejecutarse inmediatamente" (156). Esta ejecución inmediata la asemeja a - los contratos reales, porque supone la transmisión de la propie-dad de la cosa dada en pago, y su tradición, entrega, inmediata.

Esta transmisión de la propiedad y entrega inmediata nos le-va a considerar si el contrato de dación en pago pertenece a la categoría de los consensuales o de los reales o si puede tener - elementos de ambos.

Si partimos de lo que es innegable y es que el contrato éste debe ejecutarse inmediatamente después de que las partes han - convenido extinguir la obligación mediante una prestación distinta de la debida, como también de que se ha de dar algo, o sea, - que al acuerdo de las partes se añade la entrega de la cosa, entonces es un contrato real, porque "... la entrega se hace para que el contrato quede formado (se perfeccione); pertenece, pues, a la fase de constitución o formación (y no de ejecución) del mis-mo; que no está completo hasta que no hay entrega (entrega que se realiza, pues, *contrahendi causa*). Fase de constitución que - prácticamente se podría decir que está al principio del contrato; a diferencia de la de ejecución, que está al final" (157). La doc

(156) Jossierand, op. cit., p. 718, quien también erradamente afirma que "en el fondo de toda dación en pago se descubre así una novación tácita por cambio de objeto seguida de la ejecución inmediata de una nueva obligación".

(157) Albaladejo García, op. cit., p. 346. El mismo autor manifiesta que en los consensuales que recaen sobre las cosas,

trina, por su parte, lo ha clasificado dentro de esta categoría de contratos y son partidarios Albaladejo García (158), González Palomino (159) en el Derecho español, y en la doctrina extraña Barassi (160), Rodotà (161), Torrente (162), Branca (163). Sin embargo, hay otros autores que le atribuyen otra naturaleza y así, por ejemplo, Buccisano (164), lo clasifica dentro de los consensuales y se perfecciona independientemente de la tradición, o, Fernández Rodríguez (165), quien le niega el carácter real ya que por ser atípico "dejarían de aplicarse a la misma los mencionados artículos 1258 y 1278 que, al menos prima facie, forman parte de las normas generales de carácter imperativo del Título II, Libro IV del Código civil español a las que han de sujetarse en general los contratos atípicos" (166). No obstante, que es cierto que el con--

(cont. pág. ant.)... la entrega se hace para cumplir el contrato (solvendí causa); pertenece, pues, a la fase de ejecución del mismo. El contrato existía completo --estaba formado o perfeccionado-- desde que las partes se pusieron de acuerdo (consentimiento).

(158) Op. cit. p. 113 nota núm. 2.

(159) La adjudicación para pago de deudas, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1943, pp. 256-257.

(160) Op. cit. III, p. 146 y ss.

(161) Rodotà, Stefano, Dazione in pagamento (Diritto civile) en Enciclopedia del Diritto, XI, Milano, 1962, p. 737.

(162) Op. cit. p. 412.

(163) Op. cit. p. 338, supra nota (196)

(164) Op. cit., p. 166.

(165) Op. cit., p. 792. Sostiene a pág. 790, que la realización de la nueva prestación no forma parte del supuesto constitutivo del negocio de dación en pago, sino que supone la ejecución ó consumación de este contrato.

(166) Ibid., p. 787. Afirma que los contratos reales suponen una -

trato de dación en pago es atípico, al menos para el Derecho español, por encontrarse accidentalmente contenido dentro de la — compra-venta, ello no obstaculiza para nada que al amparo del — principio de autonomía de la voluntad (art. 1255) adquiera la calidad de extintivo (167) para todos los casos, ya que la realización de la nueva prestación se encamina únicamente a la extinción de la obligación. No reviste un carácter oneroso propio, aún cuando el cambio, que no lo es en el sentido de una novación, de una prestación por otra y su realización, constituya una atribución patrimonial que el deudor hace al acreedor, sino que solamente en cada caso y atendiendo a la causa de la obligación, o mejor dicho, a la causa del negocio jurídico, la función económico-jurídico que el — negocio absorbe y que constituye el elemento constante, se podrá tener el contrato de dación en pago como oneroso o gratuito. "De ordinario este contrato será un contrato con prestaciones recíprocas (cfr. art. 1274 C.c) y la transmisión en pago tendrá, por consiguiente, carácter oneroso; pero puede suceder que el aliud se ejecute en cumplimiento de una promesa de donación que haya sido aceptada, en cuyo caso la transmisión será a título gratuito"(168)

(cont. pág. ant.). . . excepción al principio de libertad de forma que establecen estos preceptos.

(167) Sin duda alguna, la doctrina no ha vacilado en atribuirle esta cualidad, puesto que el contrato en sí no sustituye una — relación obligatoria por una nueva ni produce un cambio de objeto de la misma obligación: Cfr. Buccisano, op. cit., p. 163 Díez Picazo y Gullón, op. cit. p. 152; Espín Cánovas, op. cit., p. 138; Rodríguez Fernández, op. cit., p. 792; entre varios. Barassi, op. cit., III, p. 147, afirma que hay en el — acuerdo contractual un contrato extintivo.

(168) Fernández Rodríguez, op. cit., p. 796.

En conclusión, y pese a que muchos le atribuyen un carácter oneroso (169), la dación en pago es un contrato real extintivo, - donde el aliud, sea la nueva prestación, puede consistir en la - transmisión de una cosa, en la cesión de un derecho o en una ac tividad positiva, hacer, o negativa, no hacer, del deudor, me-- diante la cual la obligación que lo vinculaba al acreedor se ex-- tingue aún con los derechos accesorios que la garantizaban. La datio in solutum es una modalidad de pago a través de un acuer-- do contractual que las partes crean, sin que el mismo pueda re-- putarse oneroso, sino que atendiendo a cada caso concreto, y de acuerdo solo a la causa del negocio jurídico por el que nació la obligación que éste crea, así habrá de considerarse la transmi-- sión y consecuentemente la dación en pago. La nueva prestación extingue la anterior junto con la obligación y ésta es la que tendrá que cumplirse instantáneamente sin que la antigua se pueda tener por subsistente (170). Esto es de suma importancia para los efec-- tos de la dación en pago, especialmente cuando se aleguen vicios ocultos o la cosa se pierda por evicción, como a continuación ve-- remos.

Dijimos que la nueva prestación no supone un cambio con la - antigua, al estílo de la novación y como lo creen algunos autores

(169) Cfr. Castán Tobeñas, op. cit., p. 319; Buccisano, op. cit., p. 163; Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 320; Puig Peña, op. cit., p. 188; Pérez González y Alguer, op. cit., p. 322.

(170) Cfr. Merino González, op. cit., p. 102, sostiene que "la datio in solutum no produce efectos novatorios extintivos de la obligación anterior, sino que surge a la vida del Derecho como una especie de obligación subsidiaria, dejando - plenamente subsistente el contenido de esa obligación pre-- existente, incluso en el referente al objeto de la presta-- ción... "

sino que mediante el contrato de dación en pago se crea un nuevo modo de extinción de la obligación "que consiste en la entrega de una cosa en lugar de la prestación debida" (171), y que exige su consumación instantánea junto al convenio que la acuerda. De ahí que la "datio" tenga un significado mucho más amplio, pues aparte de abarcar una categoría de obligaciones, las de dar, comprende también otros géneros de prestaciones que los equipara a modos de cumplimiento de las obligaciones. En suma, la dación en pago "conserva una estructura unitaria y absorbe una función única. La atribución del aliud al acreedor y la extinción de la obligación preexistente se ponen sobre el plano de la ejecución del — contrato, y no presuponen jamás una modificación de la obligación misma" (172), siendo, entonces, sus efectos principales: la extinción de la obligación y sus accesorios y la transmisión de la propiedad de la cosa al acreedor.

La doctrina le ha atribuido para estos efectos una naturaleza mixta (173), por revestir caracteres del pago y de la compra venta. En realidad, la enajenación no siempre tiene un carácter oneroso como lo acabamos de explicar, por lo que de ahí, entonces, le sea aplicable un distinto régimen jurídico cuando la cosa que — recibe el acreedor en pago tiene vicios ocultos o luego la pierda por evicción, y que se refleja a su vez en las garantías prestadas por los fiadores a la prestación originamente debida.

Exceptuándose el caso en que el crédito subsiste con sus ga

(171) Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 178.

(172) Buccisano, op. cit., p. 79.

(173) Cfr. Espín Cánovas, op. cit., p. 139; Mazeaud y Mazeaud, Ibid. p. 181.

rantías cuando el pago efectuado mediante la dación es nulo, nulidad que a nuestro entender debe ser absoluta, puesto que si fuera relativa el contrato es convalidable por el transcurso del tiempo o por la voluntad de las partes, en los demás casos por vicios -- ocultos o por evicción, y partiendo de que "la obligación se extingue por la dación en pago" (174), ésta no renace con motivo de esas anomalías, sino que el deudor será responsable por lo dado en pago sólo de acuerdo a la naturaleza causal de la obligación -- extinguida; es decir, que atendiendo solo a la onerosidad o gratuidad del acto en que nace la obligación le serán aplicables las reglas del saneamiento -- que son inherentes a todos los contratos onerosos-- y excepto éstas, cualesquiera otras como las del dolo revocación de donación, error, etc., para los gratuitos.

Extinguida la obligación, las accesorias que la garantizaban también se extinguen. Los fiadores quedan liberados y no responden por la realización del aliud, "en cuya constitución no han intervenido" (175). Aún en los casos por vicios ocultos o evicción, no responden ya por nada, puesto que la obligación que garantizaban ha quedado extinguida, sin que los defectos de la cosa entregada por el deudor pueda afectarlos en su responsabilidad, salvo voluntad diversa de ellos. (176).

(174) Albaladejo García, op. cit., p. 115.

(175) Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 792-793.

(176) Cfr. Messineo, op. cit., p. 205.

2. SU RELACION CON LA NOVACION Y LA OPINION DE LA DOCTRINA

La dación en pago y la novación son dos contratos autónomos que se diferencian por su finalidad y efectos, sin que quepa atribuírseles relación alguna.

Como ha quedado visto, la novación es un contrato sustitutivo de una obligación por otra nueva mediante su efecto inseparable extinción-creación, y puede efectuarse sobre toda una relación de obligación como sobre cualquier elemento estructural de la obligación como en las condiciones principales de ésta que por voluntad de las partes tienen mayor relevancia para el cumplimiento que otras y que pueden ser el plazo, la cláusula penal, algunas garantías accesorias, etc.

Es de destacar que si bien por la novación se produce la extinción de la obligación primitiva, en cuanto a su modalidad objetiva, las mismas partes continuarán vinculadas, al menos, respecto al aspecto económico de ésta que es asumido por la nueva obligación, lo que nos demuestra que la extinción es puramente ficticia por cuanto, aunque no es la misma obligación, la liberación del deudor no es total, ya que continuará igualmente sometido a poder del acreedor, el cual siempre busca una satisfacción patrimonial de un interés que antes ya existía. En consecuencia, será el *ánimus novandi* el elemento que hará diferente a la novación de las otras instituciones, incluida la dación en pago.

Esta, por el contrario, es una modalidad contractual del pago que extingue la obligación porque las partes acuerdan realizar una prestación distinta de la debida inmediatamente. En ellas lo que existe patente es un deseo de cumplimiento de la prestación que se ve agilizado cuando el acreedor acepta recibir en pago —

del deudor una cosa distinta que éste le ofrece y que será de su propiedad. Tiene la ventaja este contrato que no crea ninguna - nueva obligación, ni produce ningún cambio, en sentido novativo de la prestación, y aunque siendo sus diferencias bien marcada si se asemeja a la novación sólo en cuanto que el cumplimiento de la nueva prestación libera a los fiadores y los hace irresponsables por los vicios o evicción de la cosa.

Sin embargo, la doctrina, en el tiempo, se ha cuestionado si la dación en pago es una modalidad de la novación, como también y en otras oportunidades parte de ella lo ha hecho con respecto a la compraventa, y no han sido escasos los autores que la configuran como una novación objetiva, debido a que este contrato opera solo con relación al objeto de la obligación.

La doctrina francesa fundamentalmente es la que se ha encargado de compaginar la dación en pago a la novación, ya que "supone la intención de novar, puesto que según su definición misma, el acreedor renuncia a su acción primitiva en cambio de lo que recibe" (177). Según Josserand, "es una operación compleja que participa a la vez del pago y de la novación: las partes sustituyen la obligación primitiva por una obligación nueva, pero entendiéndose que ésta habrá de ejecutarse inmediatamente..." (178), tesis que es compartida también por Colín y Capitant (179). Es común opinión entre estos autores que "toda dación en pago implica, por tanto, aún sin que las partes lo adviertan, una renovación sobreentendida" (180), pues que "en el fondo... se descubre así una -

(177) Planiol y Ripert, op. cit., p. 350.

(178) Op. cit., p. 718.

(179) Curso elemental cit. T. II, nº 511.

(180) Planiol y Ripert, Ibid. p. 339.

novación tácita por cambio de objeto seguida de la ejecución inmediata de una nueva obligación" (181). Contrariamente a esos autores, Mazeaud y Mazeaud sostienen que en realidad la dación en pago no implica novación, "porque se trata de un pago, la segunda obligación -- la de transmitir la propiedad de la alhaja y la de efectuar su entrega-- no ha existido jamás. No se está en presencia de una obligación que reemplaza a otra, sino solamente de la extinción de una obligación..." (182), con lo que demuestran que si se crea una nueva obligación, cosa que no sucede en la dación en pago, existirá novación, más nunca aquélla porque no se ha verificado ningún pago. Desde el momento en que no se constata el nacimiento de una segunda obligación, las reglas y normas de la novación son inaplicables, excepto, tal vez, en el supuesto de que se acepte la teoría de que la dación en pago no requiere de una ejecución inmediata y entonces se pueda considerar la operación realizada como una novación objetiva, ya que todavía la transmisión de la propiedad no ha tenido lugar (183).

En la doctrina española la asimilación de la dación en pago a la novación ha sido respaldada, especialmente, por Manresa (184), Clemente de Diego (185) y De Buen (186), sin que tampoco en la ju

(181) Jossierand, op. cit., p. 718; Véase, supra nota (28), donde se palpa claramente la teoría del autor de ver la dación en pago como una sustitución de la antigua prestación por la nueva que ofrece el deudor y acepta el acreedor.

(182) Op. cit., pp. 1790180.

(183) Cfr. Messieno, op. cit., p. 204, quien afirma que mientras la transferencia de la propiedad no tenga lugar, hay solamente un pacto dirigido a hacer posible la prestación en lugar de cumplimiento y que coincide, en parte, con la novación objetiva.

(184) Op. cit. p. 421, en relación con supra nota (18).

(185) Instituciones cit., p.

risprudencia haya dejado de marcar su impacto (187)

Ha sido quizás en la legislación italiana, a partir del Código de 1942, donde más puramente se le ha delimitado, sin que se encuentre en la doctrina posterior a la promulgación del mencionado texto, autor y corriente alguna que todavía la asemeje a la novación (188). Autores que escriben de la nueva legislación, diferencias la novación y la dación en pago "por el hecho de que esta última sustituye únicamente el objeto del cumplimiento por otro pero no la obligación en sí; mientras que, de la novación objetiva deriva la sustitución de la entera relación obligatoria y, por con siguiente (pero solo como efecto mediato y ni siquiera constante) la sustitución del objeto del mismo" (189).

Aunque muy correctamente se distinguen los institutos, véase que la dación en pago no es sustitución del objeto, que es un efecto propio de la novación; con ella simplemente se facilita el cumplimiento de la obligación creando un modo nuevo de extinguirla a través de una prestación distinta, sin que ésta venga a sustituir a la antigua. Sencillamente lo que sucede es que al acordarse a la antigua. Sencillamente lo que sucede es que al acordarse contractualmente una nueva prestación, esta tendrá que cumplirse en lugar de la otra como si fuera una obligación facultativa (190), pe-

(186) Notas al Curso elemental cit. de Cólín y Capitant, p.

(187) Tribunal Supremo, Sentencias 9 diciembre 1943, citada por (Castán Tobeñas, op. cit., nota 3, p. 318); 1º marzo 1969, citada por (Albaladejo García, op. cit., pp. 112-113).

(188) Cfr. por ejemplo, Trimarchi, op. cit., p. 410, nº 299; Trabucchi, op. cit., p. 548, nº 229; Torrente, op. cit., p. 412, nº 244, quienes afirman que en la dación en pago son aplicables en forna análoga, las reglas de la compra venta, conforme lo expresa el art. 1197, del C. c., cuando por ella se haya transferido la propiedad o un otro derecho.

(189) Messineo, op. cit., p. 402.

no con la salvedad de que ya no son dos prestaciones, sino una - única que impone el mismo deber al deudor que la antigua tenía. Esta no queda ni sustituida ni extinguida, la nueva se cumple en vez de ella. Otros acentúan la diferencia sobre un elemento intencional y subjetivo (191), pero como manifiesta Barassi (192), la - mutación objetiva de la prestación no determina el surgir de una nueva obligación, es decir, una novación, porque la prestación es efectuada, no es simplemente prometida en el diverso objeto. Realmente la diferencia no puede encontrarse mucho menos en la diversa cualidad del bien dado al acreedor (193), sino en que "en la novación la extinción de la obligación preexistente implica la atribución de un nuevo crédito al acreedor originario (o a un tercero) y con esto se cierra el programa negocial. En la datio in - solutum, en vez, la extinción de la obligación originaria implica la atribución al acreedor originario de un derecho real, o bien - de un derecho de crédito: pero en el segundo caso la obligación - originaria se extingue por la percepción del crédito constituido ó cedido en lugar de cumplimiento " (194)

(190) Cfr. Miccio, op. cit., p. 137, nota 11, que transcribe que la obligación facultativa, o con facultad alternativa, no va aparejada con la datio in solutum, porque mientras esta última es sustitución consensual, la otra deja al deudor la facultad de liberarse con otra prestación diversa previamente determinada.

(191) Cfr. Nicolás, L'adempimento dell'obbligo altrui (Milano, 1936 p. 249), citado por (Buccisano, op. cit., p. 151) quien rechaza que esta distinción pueda fundarse sobre la voluntad de los - contratantes.

(192) Op. cit., III, p. 146.

(193) Cfr. Buccisano, op. cit., pp. 155 y 175.

(194) Buccisano, Ibid, p. 174.

En verdad, no puede hallarse ninguna similitud entre la dación en pago y la novación por ser ambas instituciones rigurosamente incompatibles (195), en su mecanismo operativo y en sus efectos. La primera gran diferencia se encuentra en el tiempo de realización, ya que mientras en la novación por cambio de objeto el cumplimiento se verifica con posterioridad, en la dación en pago la nueva prestación ha de realizarse casi simultáneamente al acuerdo de voluntades, cuya finalidad inmediata es la extinción de la obligación, con lo que el contrato se perfecciona "en el momento de la entrega de la cosa o cobro del crédito" (196). Otras disparidades se localizan también en que la dación en pago sobre bienes futuros es inexistente, por exigir su propia naturaleza la existencia actual de una cosa o la disponibilidad de un derecho que pertenece al deudor, por la voluntad de las partes para llevar a cabo uno u otro contratos, por la creación de una nueva obligación con la novación y la subsistencia de la misma aún cuando por la dación se cumpla con otra prestación. Sin embargo, lo que realmente separa ambos institutos, es la atribución con la dación en pago de la propiedad de la cosa o los derechos al acreedor, la liberación de los fiadores y las garantías que respaldaban el crédito desde el instante en que el acreedor recibía la propiedad de los bienes, que siempre será simultáneo con el acuerdo de dar y recibir en lugar del pago, aunque exista cierta similitud con la novación respecto a este punto y, finalmente, que el cambio, si es que así puede llamarse, del objeto no crea

(195) Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 464.

(196) Espín Cánovas, op. cit., p. 137; Cfr. en igual sentido, Albaladejo García, op. cit., p. 113.

una nueva obligación que sustituya a la anterior, ni las partes -
buscan mucho menos una modificación de la misma obligación. Al
acordarse el pago con una prestación distinta de la debida, senc_i
llamente lo que se pretende es la extinción de la misma obliga_—
ción a través del medio por el que tenía que cumplirse antes de -
que ellas convinieran en la entrega de un bien distinto, de ahí -
que la dación en pago sea otro medio de cumplimiento de las obli_
gaciones que dispone el deudor y que tiene "la misma fuerza de -
satisfacción que tenía la primitiva prestación" (197).

En conclusión, ambos contratos responden a situaciones ju-
rídicas totalmente diversas en las que no existe el mínimo grado
de correspectividad y en donde la reglamentación jurídica para -
cada uno de ellos se aplica en atención solo al tipo causal del ne_g
ocio jurídico que en cada caso concreto les sirve de fundamen_—
to.

3. DIFERENCIA CON LA CESION DE BIENES

Aunque relacionados con el pago tanto la dación en pago como
la cesión de bienes, este segundo medio por el que se llega a la -
extinción de las obligaciones se diferencia del contrato que hemos
venido analizando porque no produce la transmisión del dominio -
de los bienes --la propiedad -- ya que el deudor continúa conser_—
vando la titularidad de los mismos (198).

(197) Diaz Pairó, op. cit., p. 128 y ss. - Cfr., asimismo, Larenz
op. cit., p. 418, quien afirma que la satisfacción del acree_
dor puede tener lugar también cuando en lugar de la presta_
ción debida recibe otra.

(198) Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 115.

El Código civil español, en el artículo 1175, único, la permite mediante contrato, y remitiendo al Título XVII, "De la concurrencia y prelación de créditos" y a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Título XII, Libro II, "Del concurso de acreedores", cuando la cesión no es contractual y no ha contado con la unánime aceptación de todos los acreedores (199), la acepta con intervención y aprobación de la autoridad jurisdiccional.

La Cesión de bienes para el pago de deudas tiene por finalidad que el deudor encarga a todos sus acreedores liquidar todos o alguno de sus bienes para que se repartan entre ellos el importe que han obtenido, en proporción a sus créditos, sin que se produzca la liberación inmediata de aquél que quedará sujeto a responsabilidad cuando la cantidad obtenida por los mismos sea insuficiente o inferior a la totalidad de las deudas. Confiere a los acreedores la "posesión y administración y otorgamiento de mandato para enajenarlos" (200), lo que supone un abandono (201) de los bienes hasta que se efectúa la venta.

La doctrina es la que mejor ha diferenciado esta figura de la dación en pago y aunque "realmente no hay un pago (ni tampoco dación en pago), sino un mero paso (de hecho), hacia el pago, que -

(199) Véase, Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de mayo 1912, citada por (Albaladejo García, op. cit., p. 116)

(200) Albaladejo García, Ibid., p. 116.

(201) Cfr. Colín y Capitant, op. cit., p. 193; Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 174; Espín Cánovas, Manual cit., p. 134, afirma que en el Derecho romano, situación que todavía aún vale para el actual Derecho, mediante ella el deudor abandonaba todos sus bienes a los acreedores para que estos procediesen a su venta y satisficiesen con el precio sus respectivos créditos.

tiene lugar cuando, realizados los bienes, los acreedores aplican su precio a la satisfacción de sus créditos" (202), ha establecido caracteres para uno u otro contrato, siendo los más principales a éste el mandato o autorización con poder irrevocable (203) sobre uno o todos los bienes, la conservación del dominio en los bienes cedidos y la sujeción del deudor a un vínculo personal de indisponibilidad (204).

Esta otra institución (*cessio pro solvendo*) no debe confundirse con la cesión del crédito como dación en pago (*cessio in solutum*), que extingue la obligación inmediatamente al recibir el acreedor ésta en lugar del pago, precisamente por esa no liberación -- del deudor y por el encargo que hace a sus acreedores para la realización de sus bienes, sin que se comprenda bajo su rúbrica, como equivocadamente lo cree De Buen, "a veces, una dación en pago, y entonces la cesión constituye una verdadera enajenación..." (205) y porque no es en sí el cumplimiento de una prestación distin

(202) Albaladejo García, op. cit., p. 116.

(203) Puig Brutau, Fundamentos cit., nota 132, p. 342.

(204) Cfr. Messineo, op. cit., pp. 284-285. Puig Peña, op. cit., p. 189, señala tres diferencias entre la dación en pago y la cesión de bienes, que son: "1º. La datio, a diferencia de la cesión, no requiere estado de insolvencia alguno, ni tampoco pluralidad de acreedores, ni se extiende a todos los bienes del deudor. 2º. La adjudicación o datio consiste en la transmisión de la propiedad de la cosa, mientras que el efecto de la cesión no es atribuir el dominio de los bienes cedidos, si no conceder a los acreedores la facultad de proceder a su venta y hacerse pago con su importe. 3º. La datio extingue totalmente la obligación, mientras que la cesión solo libera al deudor, salvo pacto en contrario, de la responsabilidad en la cuantía de los bienes cedidos".

(205) Notas al Curso elemental cit., de Colin y Capitant, p. 293.

ta; los acreedores son los que se cancelan sus propios créditos, desplegando toda una actividad que en principio corresponde al deudor que es incapaz de cumplir sus obligaciones.

Si bien puede pensarse que la cesión de bienes tiene poca trascendencia práctica, pues siempre le resultaría más fácil y cómodo tanto al deudor como a los acreedores recurrir a la dación en pago y así evitarse aquél el quedar sometido a una posible y futura responsabilidad cuando el importe líquido no alcance la satisfacción de todos los créditos, adquiriendo una liberación total que esta figura no la confiere con respecto a la obligación en sí, sin embargo, creemos que pese a lo anterior, el convenio de cesión de bienes representa por lo menos para el insolvente la posibilidad de mejorar su estado económico si con la liquidación de los bienes cedidos queda algún residuo que le pertenecerá. En este sentido, esta forma de pago es un arma de doble filo para el deudor, pues tanto por un lado, puede resultar beneficiado con la venta que hagan sus acreedores de sus bienes cuando quede un remanente, como, por otro, continuar respondiendo de las obligaciones que no alcanzaron a extinguirse con el precio que se obtuvo. El beneficio que relativamente pueda llegar a alcanzar es tal vez una compensación a la no liberación inmediata, como sucede con la dación en pago.

Y, en su estructura es, a diferencia de la otra institución, un contrato real oneroso no extintivo por el que se confiere a los acreedores la posesión y administración de los bienes, y un mandato de venta para que se paguen sus créditos, sin que por el abandono que haga de los mismos se extingan ipso facto las obligaciones y quede liberado el deudor.

4. CRITICA

Ya hemos visto como la dación en pago no tiene ninguna similitud normativa y operativa con la compraventa, la novación o la cesión de bienes, aunque muchas veces recurra, solo en ciertos casos concretos, a las normas de la primera, especialmente cuando a la cosa entregada le sean aplicables las normas del saneamiento. Falta ahora conocer si tiene alguna relación con la modificación de las obligaciones.

Conforme hasta lo que ahora hemos visto, no puede aceptarse la tesis de que la dación en pago es una modificación objetiva de la obligación como muchos autores, concretamente alemanes, la han querido asimilar. Específicamente fue Leonhard (206), quien, queriendo esclarecer la naturaleza jurídica de la dación en pago, sostuvo que "la obligación pasa a tener, por modificación, un nuevo objeto, y, una vez modificada, se extingue por pago, o cumplimiento normal; de esta manera queda aclarado por qué una prestación distinta de la inicialmente debida extingue la obligación: la realización de una nueva prestación supone el pago o cumplimiento de la relación obligatoria modificada; la nueva prestación es - el verdadero objeto de la obligación modificada. De este modo..., no cabe hablar de la in solutum datio como particular institución jurídica, sino que ha de considerarse esta figura como subespecie de la modificación de la relación obligatoria" (207).

(206) Allgemeines Schuldrecht des B.G.B., münchen und Leipzig, 1929, citado por (Fernando Rodríguez, op. cit. pp. 774 y ss. Esta tesis es acogida por Larenz, K., op. cit., pp. 418-419 y Messineo, F., op. cit. p. 402.

(207) Fernández Rodríguez, Ibid. p. 775.

Pero, aparte de las muchas objeciones que a esta teoría se le puedan hacer, como luego las veremos, conviene tener presente y no olvidar que la modificación supone, de acuerdo a la voluntad de las partes o al ánimus modificativo, la sustitución de un elemento objetivo o subjetivo de la relación obligatoria por otro similar pero distinto en contenido o cualidad; sustitución que no ocurre con la dación en pago que en su función se limita a la posibilidad de recurrir a otro modo de cumplimiento, mediante una prestación distinta de la debida, de la obligación que no ha sufrido ninguna mutación o variación en cuanto al objeto se refiere, y que es muy diferente a la que ocurre también con respecto a la novación, en donde aún para efectuarla sobre un determinado elemento, y no sobre toda una relación, es necesario que se produzca la extinción de la obligación y de una relación obligatoria y el nacimiento de otra que sea portadora del nuevo elemento que sustituyó al que existía en la prior obligatio.

Contra la tesis de que la dación en pago es una subespecie de la modificación, se ha argumentado, a nuestro parecer con mucha razón, que "cuando las partes deciden dar en pago de una obligación algo distinto de lo debido, no pretenden introducir ninguna modificación fundamental en la estructura de la relación obligatoria sino que atienden tan sólo al momento extintivo de la obligación, - creando una nueva forma de llevar a cabo su cumplimiento. No puede imputarse a la voluntad de acreedor y deudor que celebren la datio in solutum, un efecto tan radical como el de modificar el objeto de la relación obligatoria, sino tan sólo el propósito de facilitar el cumplimiento de la obligación pendiente, creando un nuevo medio de extinción" (208). Esto viene a significar la ausencia

(208) Fernández Rodríguez, op. cit., p. 777.

total de una voluntad novativa o modificativa dirigida a sustituir un elemento de la relación obligatoria y una limitación al consentimiento que puedan prestar los fiadores o terceros garantes con prenda o hipoteca como se requiere cuando dicha voluntad de las partes no se dirige solo simplemente a crear un nuevo medio de extinción de las obligaciones mediante el cumplimiento de una prestación distinta que no sustituye a la que siempre se ha debido desde el nacimiento de la obligación.

La dación en pago, que es la atribución del aliud al acreedor, no constituye un subrogado del cumplimiento, sino que por consistir en una forma de pago en sentido estricto, atiende directamente a la extinción de la obligación, sin que esta sufra hasta el momento de su cumplimiento alteración alguna en sus elementos estructurales y accesorios; conserva, además, la integridad inicial de la obligación y permite que el deudor, incluso en los casos en que el objeto se haya extraviado o deteriorado por su culpa, cumplir la obligación entregando una prestación distinta; y, es un contrato que atiende sólo a la ejecución de la obligación, por lo que situándose en esta última fase de la vida de ésta, que incluso en sus períodos anteriores pudo haber sido modificada, novada o haber estado inalterada, no puede implicar una modificación de su objeto, precisamente por que lo que aporta es otro modo de extinción idéntico al original de la obligación en su forma aunque no en su contenido. Es decir, el contrato de modificación representa la sustitución de un elemento de la obligación durante todo el tiempo que la obligación exista, en cambio, la dación en pago no sustituye la prestación, sino que localizándose en la fase de cumplimiento de la obligación, permite la extinción de ésta mediante una distinta en contenido de aquélla y perfeccionándose en el momento en que conjuntamente con el convenio el deudor en-

trega y el acreedor recibe un bien distinto en lugar del pago.

Esta otra independencia de la dación en pago, viene a justificar su existencia como contrato extintivo de las obligaciones por el que se permite el cumplimiento de éstas con otra prestación — que pudiendo ser de muy distinto contenido, impide que sólo una categoría de normas jurídicas, las de la compraventa, le sean — aplicables al mismo. De ahí que sin que se le pueda atribuir una — naturaleza mixta, a falta de una regulación normativa propia en el Código civil, pero con arreglo y fundamento al artículo 1255, siempre tendrá que echar mano a normas supletorias e indistintas que pertenecen a aquellas instituciones que le son más afines para resolver todos los posibles casos en los que se produce la extinción mediante otra prestación, especialmente a las que acabamos de mencionar cuando lo que se da en pago sea una cosa material o cuando ésta tenga vicios ocultos o se eviccione por terceros.

CAPITULO TERCERO

P A R T E P R I M E R A

PROBLEMATICA DE LAS GARANTIAS Y DERECHOS

ACCESORIOS

De acuerdo con la moderna doctrina, terceros en la relación obligatoria, conforme lo da a entender el artículo 1207 del Código Civil, vienen a ser los fiadores personales y los garantes con prenda o hipoteca de la obligación principal (1), y ello es así, puesto que las obligaciones accesorias, aparte de que - en algunos casos son prestadas por el mismo deudor, solo podrán subsistir, tal y como lo expresa la norma, en tanto el consentimiento, que es manifestación de la voluntad para obligarnos de nuevo, de los mismos para hacerlas renacer no se hubie se prestado si esas los aprovechaban. Es decir, para que las mismas puedan aprovecharlos es porque son los terceros los - que están garantizando lo principal.

Aclarado este punto, el mencionado artículo, según una -

(1) Cfr., después de un examen exhaustivo que resulta de la - comparación de la norma en el texto vigente y las similares en los proyectos de Código de 1851 y 1882, Alvarez Caperochipi, José A., El artículo 1207 del Código Civil. Notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1973, p. - 1419, quien afirma que "los terceros que deben prestar su consentimiento no son ajenos a la obligación extinguida, como parece desprenderse de su interpretación literal, sino - terceros fiadores que han garantizado la obligación principal, como dispone claramente el proyecto de 1851 y como se deriva, lógicamente, de los efectos de la novación".

opinión (2), entendido a contrario sensu, admite de igual modo que lo hace el primero de la sección la modificación de las obligaciones, pero, aparte de esta característica que ya se ha demostrado con otras normas del mismo texto legislativo, conviene conocer si la disposición que dicta, cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, puede incidir de alguna manera en las garantías accesorias cuando la obligación principal simplemente sólo ha sido modificada, más concretamente, cuando a través de esa modificación la nueva prestación se ha vuelto más grave para el deudor.

El tratamiento que ha de aplicarse respecto a las obligaciones accesorias es muy distinto para los casos de novación y los casos de modificación, y aunque pareciera que para la primera, por la literalidad de la norma, las mismas subsisten, quebrando así el principio de que extinguida la obligación principal corren igual suerte las accesorias que la adornan, quedando en pie y trasladándose a la nueva obligación, en nuestro criterio no lo creemos así ya que la consecuencia de la extinción se impone aún a cualquier pacto de expresa reserva celebrado entre las partes o entre estas y los terceros. Después, cuando corresponda, ahondaremos en el asunto del mismo modo que lo haremos en la oportunidad que dediquemos también a la modificación, especialmente la objetiva, que es en principio la que más nos interesa. Para ello, aunque sea de una forma muy somera, necesitamos un respaldo en la novación la cual nos permitirá establecer un criterio seguro del alcance y significado de la norma, eso sí, sin entrar a averiguar los ante-

(2) Cfr. Clemente de Diego. Instituciones cit., p. 412.

cedentes históricos de los que se deriva el actual artículo 1207 (3).

1. - INTERPRETACION DEL ARTICULO 1207 DEL CODIGO CIVIL

Conocido es que el efecto consecuencia e inmediato de la novación, sin lugar a dudas, no es otro que la extinción de la obligación principal preexistente junto con sus derechos de garantía accesorios, siempre en atención al principio de que lo subsidiario acompaña a lo principal, tal y como lo da a entender el mismo precepto legal, sin contar para nada la excepción a la regla general que así mismo establece.

La doctrina, en cuanto a reconocer que con la novación - se extinguen también las garantías del crédito, es unánime (4), - llegando a cuestionarse, en lo que al Derecho español se refiere y en cuanto a las mismas, el predicado que se expresa en esa - norma, sea la subsistencia, y el rango y prioridad que conserva

(3) Una detallada explicación de sus antecedentes se encuentra - en el trabajo de Alvarez Caperochipi, Ibid., p. 1416 y ss., y en forma circunstancial en Peña Bernaldo de Quirós, Manuel Anteproyecto del Código civil español (1882-1888), en Centenario de la Ley del Notariado, Sección IV, vol. I, Madrid, 1965 y García Goyena, Florencio, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil (Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852), Tomo III.

(4) Cfr. Puig Brutau, Fundamentos cit., p. 397; Sancho Rebullida La novación cit., p. 366; Espín Cánovas, Manual cit., p. 154; de Cossio, La transmisión cit., p. 196; Albaladejo García, Derecho cit., p. 262; en la extranjería, entre otros, von Tuhr, Tratado cit., p. 147; Enneccerus-Lehmann, Derecho cit., p. 369; Trabucchi, Istituzioni cit., p. 574.

ban en la obligación extinguida con respecto a la nueva que se crea, por otra parte (5).

Se puede comenzar afirmando que la doctrina española no ha sido del todo unitaria y así, en un orden de opiniones, Es pín Cánovas, afirma que "por excepción subsistirán las fianzas y otras garantías accesorias de la obligación principal, ob jeto de la novación en favor de los terceros que no la hubieren consentido" (6), cuando expresamente se convenga con el con sentimiento de todos los interesados en la extinción, siendo — ello una especie de "estipulación contraria" con la que se evita el inconveniente que representa la pérdida de las garantías. En resumen, no hace otra cosa este autor, según lo apreciamos que dar a entender que las mismas no se llegan a extinguir con la novación en virtud de la existencia de un convenio previo que asegura esa finalidad. Puig Brutau, entiende la subsistencia como permanencia de las garantías accesorias y si bien recono ce que es necesario el consentimiento del fiador personal o — real distintos del deudor — en esto acoge la tesis de Alvarez Ca perochipi que luego veremos—, expresa que "para subsistir, de berán ser prestadas de nuevo por aquellos a quienes la subsistencia perjudica... Por consiguiente, los terceros del art. 1207 son aquellos a quienes beneficia la extinción de la obligación —

(5) Cfr. Alvarez Caperochipi, op. cit., p. 1421, ss. quien ma fiesta que el término subsistir significa lo mismo que su acop ción lingüística: permanecer, durar o conservarse una cosa y en cuanto al rango y prioridad, sólo en la novación objeti va y subjetiva activa se produce su conservación, expresando que ello se justifica en función del principio de economía y pa ra facilitar, en general, el tráfico jurídico.

(6) Manual cit., p. 155.

principal (puesto que resultan liberados) y perjudica la subsistencia de las obligaciones accesorias, por lo cual tendrán que prestar de nuevo su consentimiento" (7). De igual modo que el anterior, deja entrever en su argumento como que si las mismas no se extinguen por el consentimiento de los garantes que ha de prestarse nuevamente, con lo cual vienen a quedar subsistentes en espera de que con ése se incorporen al nuevo crédito; si el tercero no renueva su consentimiento, entonces se extinguirán. Esta opinión ni la anterior las compartimos por lo que luego expondremos.

Alvarez Caperochipi, en idéntica línea de pensamiento interpreta esa subsistencia de las garantías accesorias como permanencia mientras el tercero que las ha prestado renueve su consentimiento. Esto se infiere cuando afirma que "el artículo 1207, como hemos visto, establece, en una interpretación correctora, el que las relaciones accesorias se extinguen tras la novación mientras el tercero que las ha prestado no renueve su consentimiento" (8). Y es que, al renovarse el consentimiento de los terceros es porque las mismas existen ya, aunque en forma latente, esperando nada más incorporarse a la nueva obligación, dándolo así también a entender al decir que "cuando la obligación principal se extingue por efecto de la novación, sólo subsisten las obligaciones accesorias cuando el tercero que las prestó renueva su consentimiento" (9).

Aparte de lo anterior, el mismo autor trata de explicar

(7) Fundamentos cit., p. 465.

(8) Op. cit., p. 1429.

(9) Alvarez Caperochipi, ibid., p. 1421.

los supuestos de subsistencia y rango y prioridad mediante el análisis de las tres especies de novación. Veamos lo que expresa en cada una de ellas.

Respecto a la novación subjetiva activa (10), que para la subsistencia sin consentimiento de los fiadores el acreedor pudo haber olvidado la consecuencia extintiva de la obligación principal a través de la cesión de créditos o por la subrogación en pago, si las partes han convenido en la extinción de la obligación, deben extinguirse igualmente las relaciones accesorias. Como "hipótesis de laboratorio", manifiesta que el artículo 1207 da solución a varios puntos conflictivos que podría presentarse, como la necesidad de que el tercero preste nuevamente su consentimiento para la renovación de las obligaciones accesorias, la voluntad del deudor de continuar garantizando la nueva obligación con las mismas garantías que prestaba a la primitiva, y se concede a las garantías que acompañan a la nueva obligación el mismo rango y antigüedad que éstas tenían en la primitiva obligación. Y, como única conclusión verdadera llega a determinar la necesidad de que el tercero renueve su consentimiento. En lo que se refiere a la novación objetiva (11), pues conjuntamente trata el tema de la modificación y que preferimos evadirlo por el momento, expresa que las garantías prestadas por el deudor continuarán en la nueva obligación, y también seguirán las del tercero en la medida en que este renueve su consentimiento. En cuanto al rango y prioridad, cuando la nueva obligación represente un incremento, "parece que nace respecto a él una nueva y segunda relación -

(10) Alvarez Caperochipi, Ibid., pp. 1423-1424.

(11) Alvarez Caperochipi, Ibid., pp. 1424-1425

accesoria. Por razones aducidas exteriormente subiste la relación accesoria respecto de la medida de valor de la obligación anterior, pero no es lógico que esto suceda respecto del incremento, por las posibilidades de fraude que ello, sin duda, comportaría" (12).

Finalmente, con relación a la novación por cambio de deudor manifiesta que a diferencia de las otras, en esta la relación accesoria no conserva el rango y prioridad que tenía en la obligación primitiva, sino que la fecha de origen de ella será la de la renovación del consentimiento, porque la tutela de los acreedores del nuevo deudor así lo exige. Y, cuando es el propio deudor sustituido, que respecto a la nueva obligación es un tercero, su voluntad de continuar garantizándola no se puede inferir, sino que debe renovar su consentimiento en orden al --afianzamiento de la misma, siendo la fecha de origen de la relación accesoria la de la renovación del consentimiento (13). Planteándose precisamente el problema de si se infiere el consentimiento del antiguo deudor de continuar garantizando al nuevo -- con las mismas garantías que prestaba a la obligación antes de quedar liberado, deduce que es un asunto de interpretación de la voluntad de éste, que como en el régimen general de la novación se presupone el consentimiento del deudor de garantizar -- la nueva obligación con las mismas garantías que prestaba a la antigua, concretamente en lo que se refiere a la subjetiva pasiva, explica que del artículo 1207 se desprende un concepto de terceros después de la extinción de la obligación principal, re-

(12) Alvarez Caperochipi, Ibid, p. 1425.

(13) Alvarez Caperochipo, Ibid., p. 1426.

ferido a la nueva obligación y no a la antigua ni al acto novativo, lo que parece significar la necesidad de una renovación absoluta del consentimiento, sin que se pueda, porque es dudoso, constatar en este punto un régimen específico de modificación de la obligación por cambio de deudor, o sea, que aunque las partes no pacten expresamente la extinción de la obligación, en ningún caso se presume el consentimiento del primitivo deudor de continuar garantizando la nueva obligación (14).

Sancho Rebullida, contestándose a si el crédito tendrá rango preferente sobre los acreedores posteriores a la obligación principal novada pero anteriores a la obligación principal novante, sostiene que no, porque "parece más justo situar su crédito en la fecha de la novación. Y aplicar igual criterio en todos los casos de afectación a terceros. Es, además, la solución a que conduce el criterio del art. 1207 in fine: si solo subsisten en cuanto aprovechen a terceros, aunque se hayan extinguido, deben extinguirse en cuanto perjudiquen a terceros, aunque se haya pactado - res inter alios acta su subsistencia" (15)

Indudablemente que el artículo plantea varios problemas que es necesario esclarecer para así tener una más adecuada interpretación del mismo. Estos problemas ya expuestos por la doctrina son: la subsistencia de las relaciones accesorias, entendida ésta hasta el momento como permanencia, el consentimiento de los terceros - fiadores personales o reales -, y el consentimiento del primitivo deudor cuando garantizaba asimismo la obligación extinguida.

(14) Alvarez Caperochipi, ibid pp. 1429-1430.

(15) Op. cit., p. 368.

En cuanto al primero de ellos y partiendo de que con la novación se extinguen también las obligaciones accesorias junto con la principal, es lógico que la subsistencia a la que se refiere la norma no puede significar como que las mismas quedan en pie o restan con vida, en una especie de estado latente esperando que nazca la nueva obligación para transplantarse a ella sino que esta subsistencia, vista siempre y para todos los casos en atención de que ya se han extinguido las garantías al realizarse la novación de la obligación principal, debe entenderse como que las mismas se pueden repetir, naciendo otra vez, en el nuevo crédito. En otras palabras, entendemos que las obligaciones accesorias que afornen la nueva obligación, para que deba considerarse que las extinguidas son éstas, pueden ser iguales en contenido y estructura, en lo que respecta a las dos especies de novación subjetiva. En cuanto a la novación objetiva, tampoco impide que sean iguales en contenido y estructura, pero acondicionadas a los cambios introducidos en la nueva obligación; acondicionamiento que no tiene su origen en una modificación, sino con el nacimiento de la garantía para responder al nuevo crédito.

De esta forma que nosotros comprendemos la subsistencia, como nacimiento-repetición de las antiguas en la nueva obligación, Sancho Rebullida, con acertado criterio, parece entenderlo así, cuando expresa "en el fondo, lo que hay es que nacen unos derechos accesorios de igual contenido y estructura, y la convención de que "se entiendan" los mismos. Por eso se exige el consentimiento de todos los interesados, porque tales relaciones nacen de nuevo. Es natural que así sea, pues aunque en el complejo creación-extinción de la obligación principal no haya solución de continuidad, extinguido lo principal no pue

de subsistir, para trasplantarlo, lo accesorio, sino que decae automáticamente para renacer otra relación accesorio de igual contenido" (16).

En cuanto al consentimiento de los terceros, extinguida la obligación principal y todos sus accesorios, en las tres especies de novación no encontramos razón suficiente para determinar lo relativo al rango y prioridad en el supuesto de que nuevamente hayan expresado su conformidad para continuar garantizando la nueva obligación, precisamente porque es nueva al igual que lo son las accesorias. Luego, al haberse extinguido las de la primitiva junto a ella, el puesto que ocupaban así como su antigüedad han desaparecido también, lo que nos lleva a considerar que al repartirse en la que nace ocuparan en la misma el lugar que les corresponda como si se constituyeran por primera vez, que es realmente lo que ocurre. En lo que se refiere al consentimiento propiamente dicho, habrá de estarse siempre y para todos los casos a la voluntad de esos terceros no habiendo nada que haga suponer que después de la novación deban continuar prestando sus garantías, aún en los casos en que por ellas se puedan ver aprovechados o que con la nueva se deduzca que su situación será normal, máxime, por ser reflejo de una realidad innegable, si se les requiere a sabiendas de ellos que la antigua se ha extinguido y que por el simple acto de la novación han quedado liberados. En la lógica del tercero le sería muy difícil encontrar un motivo racional e inteligente que justifique después de su liberación el volverse a obligar pa

(16) Sancho Rebullida, Ibid., p. 367.

ra garantizar una deuda que no le comporta ningún beneficio - patrimonial inmediato, excepto los casos en los que su interés responde a una conducta privada que es valorable solo por su voluntad y a la vez ajena al campo jurídico.

Y, en lo que atañe al consentimiento del primitivo deu
dor, de muy distinta forma entendemos nosotros que se llega-
ría a producir la subsistencia de las relaciones accesorias en
la nueva obligación. Como en este supuesto sólo se estaría en
el caso de la novación subjetiva pasiva, conforme a nuestro -
criterio, cuando se cuestiona si el antiguo deudor debe conti-
nuar garantizando al nuevo con las mismas garantías, porque
es lo más lógico, lo que con ello se quiere decir, porque una
vez liberado y con respecto a la nueva obligación ostenta la ca
lidad de tercero como a primera vista parece deducirse de la
norma, es que el nuevo deudor deberá garantizar personalment
e la nueva deuda que asume como lo hacía el antiguo liberado.
Deducimos que no puede ser el antiguo quién garantice la nue-
va obligación, aunque no hay nada que lo impida, porque se des
truiría el fin de esta especie de novación. Liberado de su obli
gación y de las garantías accesorias que prestaba, el continuar
vinculado a la nueva obligación garantizando el deudor es un -
hecho que sólo ha de verse en función de su voluntad, aún cuan
do haya pactado y consentido anteriormente con el acreedor -
prestarlas una vez liberado de la principal; además, desde el
momento en que adquiere su condición de tercero, ajeno total-
mente a las vicisitudes de la obligación, en última instancia si
se obligare de nuevo, aunque sea en forma indirecta, también
su consentimiento estará sometido a los dictados de su volun-
tad. Desechamos, por las mismas razones y suponiendo la hi-
pótesis de que tenga que continuar asegurando al deudor, que

pueda determinarse rango y prioridad en las garantías que consienta prestar. El obligarse de nuevo, como si fuera algo forzoso y necesario para la nueva obligación y en atención a la literalidad del artículo 1207, desdibuja la función y finalidad de la novación en sus efectos, y si esto habría de suceder, lo más razonable sería buscar otro mecanismo para tal supuesto que no entrañe tanto una interpretación a una norma que en su espíritu es sencilla de comprender, siempre y cuando se atienda a la naturaleza de las cosas.

Entonces, la subsistencia en relación con el consentimiento significa que podrán volver a nacer y repetirse con la nueva obligación las garantías accesorias mientras no se desmejore o se agrave la situación del tercero, presumiéndose de esta forma que subsisten. Pero, en la medida en que con la novación el tercero advierta que la nueva obligación no le beneficia, no está obligado para renovar su consentimiento, ni las partes pueden suponer, por la variación, que las mismas han de surgir de nuevo. Esa subsistencia está en íntima conexión con el consentimiento y ni aún en los supuestos de que con la novación la situación del tercero se pueda beneficiar, si éste no lo quiere no está obligado para prestarlo de nuevo, ya que por el verbo "podrán", que es condicional, siempre y para todos los casos ha de estarse a la voluntad de quien ha de garantizar la nueva que nace.

En conclusión, la interpretación que damos a éste artículo con relación a la novación puede resumirse así: la subsistencia a que el mismo se refiere ha de verse en el sentido de — que con el nuevo crédito pueden repetirse las mismas garantías que se extinguieron por efecto de la novación y que adornaban

al antiguo con el mismo contenido y estructura, dependiendo -- siempre en última instancia de la voluntad de los terceros manifestada a través de su consentimiento. En la hipótesis de que el antiguo deudor se convierta a la vez en garante de la nueva obligación, si bien es cierto nada la impide, otra cosa no sucede sino que una desnaturalización de la novación cuando se entiende que para la subsistencia ése ha de pasar a una situación subsidiaria sin que hubiere liberación en cuanto a las garantías pero sí de la obligación principal nada más. Excepto, entonces de que lo consienta, la subsistencia de las garantías del propio deudor han de comprenderse que es el nuevo quien las otorga. En cuanto al rango y prioridad que la doctrina observa, tal fenómeno no puede darse en ningún caso de nacimiento-repetición porque es lo mismo que si se constituyeran por primera vez. El aprovechamiento en sí ha de tenerse como indicador para la subsistencia, en la medida en que si se depara provecho se permite presumir ésta y que las accesorias se pueden repetir en la nueva obligación; si no se depara provecho, no se puede ni presumir la subsistencia ni que las garantías se puedan repetir en la otra que nace, todo dependiendo para ambas afirmaciones de que la voluntad del tercero se exprese mediante el consentimiento para obtener cualquiera de tales fines.

2. - SU PERMANENCIA EN CUANTO AL CONTRATO DE MODIFICACION

Si con la novación tanto la obligación principal como -- las garantías accesorias se extinguen de pleno derecho, por el contrario, con la modificación de las obligaciones, mediante la cual se declara la subsistencia de la obligación principal, igual

suerte corresponde a las relaciones accesorias, salvo ciertas excepciones que merecen especial atención a raíz de alteración acordada ya que con la realización de ésta no se puede asegurar con bastante certeza que ellas han de permanecer inalteradas y que la voluntad de los garantes se adecua plenamente frente al cambio llevado a cabo. Es decir, la permanencia de las obligaciones accesorias frente a la modificación de la obligación principal conlleva a la necesidad de aclaración de algunos problemas que esa modificación por sí misma produce.

La doctrina con relación a este tema ha manifestado que las mismas subsisten, siendo necesario el consentimiento de los fiadores cuando por la modificación se les pueda perjudicar (17). Otros afirman que al amparo de la defectuosa construcción legal no cabe trazar un cuadro general de los efectos, ya que dependen de la voluntad de las partes y, "que cuando la modificación haga la obligación más gravosa, no podrá afectar a los terceros interesados en su cumplimiento, como los fiadores, etc. salvo que consientan en la modificación" (18). Así, Díaz Pairo, expresa que "cuando la modificación amplía el contenido de la obligación haciéndola más gravosa, tal modificación no afectará al tercero fiador o que pignoró o que hipotecó la cosa propia en garantía del vínculo que recae sobre el deudor más que cuando preste su asentimiento a esa modificación porque en virtud de -

(17) Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 276, quien afirma que - "subsisten todas las relaciones accesorias de aquélla (arg a contrario, C. c., artículo 1207), pero si no prestan su consentimiento los interesados, la repetida modificación no podrá perjudicarles".

(18) Espín Cánovas, Manual cit., p. 155.

un pacto al cual fue extraño no pueden crear a su cargo obligaciones, ampliando el contenido de las que recaían sobre él" — (19); Alvarez Caperochipi da a entender que se produce la extinción o se quiere el consentimiento para su subsistencia, -- cuando afirma que "la modificación de la obligación comporta -- subsistencia de las relaciones accesorias en la medida en que el nuevo objeto no sea más gravoso que el anterior" (20).

En cuanto a la asunción de deudas, Enneccerus-Lehmann, afirman que "toda vez que el crédito sigue siendo el mismo, las fianzas, hipotecas o prendas tendrían que seguir afectas al crédito, aún después de la asunción. Pero no puede prescribirse con carácter general, porque la posición del fiador o del propietario de las cosas afectas se lesionaría por el cambio de la persona del deudor y sobre todo si se subrogase un deudor insolvente en lugar del antiguo. Por esto, según el 418 ap. 1, las fianzas y prendas establecidas para la seguridad de la deuda se extinguen y las hipotecas, si bien no se extinguen, se transmiten, lo mismo que en el caso de renuncia, al propietario, a menos que el fiador o el propietario de las cosas afectas consienta la asunción de deuda" (21). Esto viene confirmado por la doctrina española para la cual en la transmisión pasiva de las deudas a título singular el tercero fiador no queda -- afectado --res inter alios acta -- si no renueva su consentimiento (22).

(19) Diaz Paño, Introducción cit., p. 110

(20) Alvarez Caperochipi, El artículo cit., pp. 1424-1425.

(21) Enneccerus-Lehmann, Derecho cit., p. 425-426.

(22) Cfr. de Cossio, La transmisión cit., p. 189; Alvarez Caperochipi, op. cit., p. 1428, Pérez González y Alguer, No

Pero, la situación cambia respecto a las garantías accesorias cuando se trata de subrogación en pago y de la cesión de créditos. Para la primera basta con lo que se manifiesta en el artículo 1212, que no necesita ninguna aclaración; con relación a la segunda, el artículo 1528 es bastante claro y tampoco es necesaria explicación alguna.

Consecuencia de todo lo dicho es que en las modificaciones subjetivas pasivas y la objetiva la situación de las garantías accesorias cambia para cada caso, de ahí que sea imposible estar a criterios fijos y determinados. Sin embargo, en lo que respecta a la modificación objetiva, cuando la prestación se ha vuelto más gravosa pueden encontrarse dos soluciones, a saber: el consentimiento del fiador personal o real para garantizar la nueva prestación hasta el monto total de su valor exacto, ampliando de esta manera la garantía prestada, o bien, sin que presten su consentimiento, hecho por el cual no debe estimarse que por la modificación éstas se extinguen, continuar garante sólo por el monto del valor de la antigua prestación, inserto en la misma garantía como expresión limitativa hasta por la cantidad que responde.

Sin duda alguna, el consentimiento otorgará mayores se

(cont. pág. ant.). . .tas cit., p. 427, quienes sostienen, estos últimos, que "la solución dada en el texto y aceptada por nosotros tiene un punto de apoyo en el art. 1851, pues si la simple prórroga concedida por el acreedor al deudor, sin consentimiento del fiador, basta para que la fianza se extinga (aunque esta prórroga no signifique novación extintiva: art. 1203, nº 1 y S. 14 de marzo 1908; cf., sin embargo, S. 24 noviembre 1894), con mayor razón bastará la sustitución del deudor, que es un hecho de mayor gravedad para el fiador".

guridades, puesto que al prestarse para que las garantías se extiendan expresa o tácitamente se esté autorizando también - que las mismas responderán por el total del valor de la nueva prestación. Esto se traduce en una modificación subsecuente de la garantía cualquiera que se trate en atención solo a las - cualidades del nuevo objeto y al valor del mismo; y vale para los casos en que se agrave la condición del fiador como para los que le representan un beneficio, como por ejemplo, que la prestación sea de menor valor. Aunque para este último caso, sea la disminución del valor del crédito, creemos que por ser un provecho no es necesario el consentimiento llegándose a producir la modificación automáticamente y como consecuencia de la que ha operado en la obligación principal. Sólo, entonces, en los casos en que con la modificación del objeto de la obligación se agreve la condición del tercero es necesario el consentimiento del mismo, no para el mantenimiento de la - garantía porque al no extinguirse la principal no tiene porque hacerlo la accesoria, sino para equiparar al valor del crédito la garantía que con respecto al mismo es insuficiente. Ahora bien, es necesario el consentimiento del tercero cuando la garantía valorada independientemente como podría resultar de la cosa dada en prenda o hipotecada, es superior en valor al de la prestación? Creemos que no, porque tal alteración en - nada perjudica al garante, a quien de todas maneras le resultaría lo mismo el cumplimiento de la misma u otra prestación, siempre que la segunda acordada no traspase el valor dado a la garantía.

En consecuencia, la necesidad del consentimiento para ciertos casos no prejuzga que las relaciones accesorias - con la modificación objetiva de la obligación deban extinguirse

ni que el mismo se requiera para su subsistencia, ya que la conserva por los mismos efectos de aquella, sino como una es pecie de autorización que otorga el tercero para que las ga-- rantías prestadas por él se acondicionen al monto de la obliga-- ción cuando por la nueva prestación se ha vuelto más gravosa y a las cualidades de esa misma, que han de ser diferentes de la sustituida. En cuanto a los casos en que no se presta el -- consentimiento, encontramos que la solución más justa es pre cisamente la que antes indicamos por la razón de que al garan-- te no se le puede obligar a responder de una suma mayor por la que originalmente se obligó. Al no producirse la extinción con la modificación y al no renovar su consentimiento para -- obligarse a más, lógico es, entonces, que al conservarse la garantía por el anterior monto sea por éste que continúe ga-- rantizando la misma obligación aunque con una nueva presta-- ción de mayor valor. Ahora, en el caso contrario, en que sea el mismo deudor quien está garantizando con otros bienes de su patrimonio la deuda a la que está obligado, entendemos que con la modificación forzosa y necesariamente, si es que la -- misma le aprovecha de alguna forma, tiene que modificar las garantías al monto y cualidades del nuevo objeto. Y con mucha más razón cuando por la modificación venga el cumplimiento -- de una prestación más onerosa, por la simple razón de que si las partes acuerdan llevarla a cabo es porque sin duda alguna facilidad ha de representar para él; por el contrario, al -- acreedor, excepto los casos en que la prestación original se haya desmejorado en el tiempo y que de continuar así algún -- perjuicio patrimonial se le va a causar, las modificaciones -- que le proponga el deudor, y que la mayor parte de las veces lo hace con miras a facilitar la que adeuda, le resultan indi--

ferentes siempre que por las mismas no venga a menos su interés económico, por lo que al otorgarle esas facilidades debe corresponderle en cierto modo adecuado sus garantías a la — nueva prestación.

Se ha afirmado por la doctrina científica y jurisprudencial que la simple prórroga concedida al deudor para el pago — de la deuda no extingue la obligación (23). Por otro lado, el — artículo 1851 expresa que dicha prórroga sin consentimiento — del fiador, extingue la fianza. Entonces, si lo anterior realmente se da y siendo la concesión de la prórroga una modificación objetiva, cualquiera otra que se efectúe producirá también la liberación de los fiadores? Conviene tener presente, para resolver esta duda, la que expresa el artículo 1826, pero en — sentido contrario, es decir, que podría verse que si con la modificación el deudor se obliga a más, igualmente deberá hacerlo el fiador en la medida en que no se obligue a más que aquél. Por otro lado, es totalmente diferente la prórroga de cualquier otra modificación objetiva, ya que al concederse mediante convenio (24) sin consentimiento del fiador, "por la propia naturaleza de la fianza, la sola prórroga implica perjuicio para el —

(23) Cfr. Puig Brutau, op. cit., p. 468; Espín Cánovas, op. cit. p. 157; Sancho Rebullida, op. cit., p. 380, Tribunal Supremo, Sentencias, 30 diciembre 1935, 24 marzo 1955, entre otras.

(24) Hay que distinguir la simple prórroga convencional, como — modificación y el retraso en reclamar al deudor el cumplimiento de la obligación inmediatamente después de que venza. Es decir, el retraso para el ejercicio de la acción no revela la intención de conceder prórroga porque la deuda ya es exigible y significa más bien una mera tolerancia del acreedor. Así, Sentencias de 22 marzo 1971 y 24 junio 1940

fiador, si no se le libera de su obligación " (25). En consecuencia, volviendo a la duda antes planteada, no toda modificación objetiva produce la liberación de los fiadores, a falta del consentimiento para obligarse a más cuando el deudor ha asumido una nueva prestación de mayor valor que la anterior, si bien las garantías no se extinguen, quedarán obligados hasta por el monto con que garantizaban la antigua prestación. El consentimiento tanto para obligarse a más como para evitar la extinción de la fianza por la prórroga no es necesario para aprobar la modificación en sí, pero si lo es para que el fiador garantice en su nuevo valor la misma obligación o continúe prestándola cuando el acreedor le ha concedido un nuevo plazo al deudor.

3. - EL ARTICULO 820 DEL CODIGO CIVIL DE COSTA RICA

Cuando analizamos en este trabajo la novación en el Derecho costarricense (26), con relación a esta norma, tratando de esclarecerla en cuanto a la excepción que prescribe, dijimos en aquella oportunidad que el consentimiento que se debe prestar para la continuidad de los privilegios, prendas o hipotecas ha de proceder del propio deudor, si es el propietario del bien dado en prenda o hipoteca, como del tercero que asegura la obligación del deudor y que aquél no debía entenderse como un convenio celebrado entre esos dos sujetos, sino como un acto de cada uno con el acreedor, por lo que entonces, se hace necesario cambiar esa "y" que el artículo contiene por una "o" -

(25) Albaladejo García, op. cit., p. 276

(26) Véase, Cap. I, parte I, nº 5-D.

exclusiva que aclare el significado de dicha excepción.

Así interpretado, enfrentémonos ahora al contenido de esto.

Aparte de que, efectivamente, las garantías accesorias se extinguen con la novación, al expresar de que los privilegios, prendas o hipotecas de la primera "no pasan a la segunda", señala, en sentido contrario, que los mismos subsisten en los casos de modificación. Pero, al igual que sucede en el Derecho español, también da a entender que con respecto a la novación esos, con la salvedad que establece, no se extinguen y "pasan" a la segunda; al margen de que ello es incorrecto, es timamos que el significado que dimos a la norma de la legislación ajena a la nuestra, tiene igual validez para esta del Código patrio. De ahí que no insistamos con la presente en buscar otra interpretación, porque lo que expresa es lo mismo que aquella pero con otras palabras. Hecho éste paréntesis, vemos entonces, que el consentimiento juega un doble papel con relación a la novación y a la modificación. En la primera se requiere para que los fiadores personales o reales se obliguen nuevamente en la obligación que nace constituyendo las mismas garantías que se extinguieron. Con la segunda, es necesario para que las garantías existentes se extiendan a la modificación introducida. Por otro lado, exige que el mismo debe ser expreso, pero lo creemos así no sólo en cuanto a la novación, ya que la extinción que se produce con esta es un efecto mucho más grave que la modificación, porque por el sólo acto novativo su liberación es inmediata y para que puedan volverse a obligar es que se requiere que su consentimiento no debe dar lugar a ninguna clase de duda. Con la modificación, cuando los garantes están de acuerdo en ampliar sus fianzas, el con-

sentimiento prestado para tal efecto tiene que ser expreso, pues de lo contrario podrían considerar que les quedaría la oportunidad de acogerse a lo dispuesto por el artículo 1333 (27), que en nuestro criterio sólo sirve para las personales y en lo que atañe a los casos de prórroga, pero no en cuento a las otras clases de modificaciones objetivas.

Entendemos así eso, que al no extinguirse la fianza necesariamente no deba considerarse extendidas las garantías, en general, a la modificación cuando la prestación es más gravosa sino que no extinguiéndose y a falta de norma expresa que lo aclare, si los garantes no consienten en la adecuación de las mismas a esa modificación, continuarán obligados pero hasta por el monto con que garantizaban la prestación anterior. Esto lo consideramos más justo, ya que si los fiadores no tienen la oportunidad de liberarse con la modificación, esta no puede perjudicarlos - cuando es más onerosa si expresamente no consienten en equiparar sus garantías al nuevo objeto.

En conclusión, conforme a este precepto legal que hemos comentado, en el Derecho patrio la modificación objetiva no acarrea la extinción de ninguna de las relaciones accesorias, siendo necesario para que por la modificación se puedan ver afectadas el consentimiento expreso de los garantes; por el contrario,

(27) Artículo 1333. - La simple prórroga concedida por el acreedor no libera al fiador, el cual, en tal caso, puede demandar al deudor para obligarle a que pague o a que lo exonere de la fianza.

Esto mismo expresa el Código de Comercio en el artículo - 520, a diferencia de que si la fianza no es onerosa, tiene - derecho el fiador a que se le garantice.

continuarán obligados, pero sólo por lo que inicialmente garan
tizaban, en ausencia total de dicho consentimiento.

PARTE SEGUNDA

VICIOS Y EXCEPCIONES AL CONTRATO DE MODIFICACION OBJETIVA

Consideramos necesario y a la vez de suma importancia terminar la presente investigación conociendo cuáles pueden ser las soluciones a ciertos vicios que latentes en la obligación ya constituida es objeto de modificación en alguno de sus elementos objetivos, y determinar si mediante este contrato es posible o no la sanatoria. Para ello creemos indispensable nuevamente recurrir al contrato de novación y lo que la doctrina ha dicho respecto a éste por la simple razón de que tal vez por encontrarse la institución que hemos ampliado dentro de ese modo de extinción que hemos ampliado dentro de ese modo de extinción, conforme se establece en el Derecho español, nos resulte un tanto menos difícil - arribar a conclusiones que todavía nadie se ha preocupado de determinar en forma amplia. Así, hemos creído conveniente enfrentarnos a aquellos casos en los cuales es palpable la nulidad o la anulabilidad, por un lado y que vendrían a ser los más comunes, como por otro, establecer un oportuno criterio cuando la obligación existente ya ha prescrito, o el contrato que la generó se ha incumplido por alguna de las partes, si el mismo establece obligaciones recíprocas para ambas.

Tratemos, en consecuencia, de obtener los resultados que sean verdaderos para este especial contrato que en principio no acarrea la destrucción de la obligación que le sirve de fundamento.

1. - EL ARTICULO 1208 DEL CODIGO CIVIL

Expresamente dirigido a la novación, el artículo hace referencia a los supuestos en que la obligación preexistente adolece de nulidad absoluta o relativa, estableciendo para la primera la inexistencia de la novación y para la segunda la posibilidad de convalidación por medio de ratificación. Relacionada esta norma con los artículos 1309 a 1313 del mismo texto legal, la confirmación (28) a que estos hacen alusión lo es sólo para los contratos anulables y no para los nulos absolutamente o de pleno derecho. Los anulables serían aquellos que reúnen los requisitos del artículo 1261, el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca y que mientras no se impugnan son negocios válidos que por haberse celebrado con determinados defectos están amenazados de destrucción (29).

Por el contrario, los negocios nulos por causa de un defecto grave, en principio no son aptos para producir efectos jurídicos.

(28) Cfr. Albaladejo García, Derecho cit., I, 2º, pp. 464 y ss.; Santos Briz, J., Código Civil, concordancia, doctrina y jurisprudencia al día (Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1965), pp. 727-728, quien afirma que los autores señalan como conceptos afines al de conformación los de ratificación, prescripción sanatoria, conversión y el reconocimiento de derechos. Por su parte, la jurisprudencia ha expresado que no deben confundirse con la confirmación la ratificación, pues mientras aquella significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer a "posteriori" (S. 14 diciembre 1940).

(29) Albaladejo García, op. cit., p. 460.

dicos propios, llegándose a considerar como no realizado (30), siendo imposible por todos los medios que pueda llegarse a convalidar, pero sí, convertir, que significa cambiar el mismo, "pasar a constituir otro negocio con los materiales (elementos y requisitos) que se reunieron para formar infructuosamente el primero" (31).

Entonces, en lo que respecta al contrato de novación, - conviene analizar por separado ambas formas de invalidez.

A. - Nulidad

Con relación a la novación, la doctrina en general es coincidente (32) en afirmar que siendo nula la obligación preexistente es imposible la originación de la nueva obligación por novación por lo que consecuentemente el contrato de novación es nulo también. Así, parte de ella ha manifestado que si la obligación fuese inexistente o nula la nueva obligación no puede surgir

(30) Albaladejo García, ibid., p. 445. Afirma que salvando a los que él llama negocios inexistentes, cree que cualesquiera otros de los que se encuentran en ineficacia caen bajo el - concepto de nulos. "Esta es posición que considero preferible en la debatida cuestión de si junto a los negocios nulos debe situarse otra categoría de negocios inexistentes... Pero no considero útil englobar bajo esta categoría una serie de negocios en los que... no existe una mera apariencia - (vacía) negocial ni existe sólo una de las piezas de que el - negocio se compone, sino que existe algo que, a pesar de no reunir todos los requisitos legales, debe entenderse como negocio (total), aunque sea defectuoso (nulo)".

(31) Albaladejo García, op. cit., p. 456.

(32) Cfr. entre varios, Sancho Rebullida, op. cit., p. 341 y ss. Buccisano, op. cit.; pp. 16-17; Azurza, op. cit., p. 601; Mazeaud y Mazeaud, op. cit., p. 367; Schlesinger, op. cit., p. 365; Manresa, op. cit., p. 429.

y será inexistente o nula la novación (33), esto conduce a que declarada la nulidad, se reputa que la obligación no existió en ningún momento, y, por tanto, no ha podido dar lugar a novación alguna (34), ya que no puede servir de causa a una nueva obligación; de ahí que la nueva obligación debe ser igualmente válida, pues de lo contrario, si se declara su nulidad, haría revivir la obligación primitiva (35). Esto nos lleva a distinguir dos situaciones bien diferenciadas: la nulidad de la obligación precedente y la nulidad de la nueva obligación. Con la primera es lógico que no puede haber novación por ausencia de un requisito fundamental. Con la segunda, habiéndose efectuado el mecanismo novatorio, no hay extinción de la precedente ya que la nulidad de la nueva hace revivir la misma. Pero, en lo que nos interesa, con la nulidad de la obligación preexistente no se produce novación porque ello equivale al no na

(33) Díaz Pairó, op. cit., pp. 110-111; además, afirma en nota 2 que la doctrina moderna en general distingue la inexistencia en que en el acto jurídico falta un requisito esencial para su integración; la nulidad, en que si bien tales requisitos esenciales, pugna el acto con una norma legal; y la anulabilidad en que simplemente hay un vicio de la voluntad o falta de capacidad. En este último caso, a diferencia de los otros dos, el acto jurídico despliega efectos tal como si fuera válido, — mientras no se declara nulo y puede, por prescripción de la acción de anulabilidad o por confirmación, tornarse definitivamente eficaz". Cfr. en igual sentido, Puig Peña, Tratado — cit. p. 347.

(34) Azurza, Notas cit., p. 601.

(35) Carbonnier, op. cit., p. 218, en igual sentido, Manresa, Comentarios cit., p. 429, quien sostiene que si la obligación — primitiva no se extingue sino para dar origen a otra que la — reemplace, la validez de ésta es requisito de la novación, pues to que de lo contrario, siendo nula la obligación posterior, no podrá realizarse su objeto de extinguir o modificar la ante-rior, porque lo que es nulo no puede producir ningún efecto.

cimiento (36) y si produciéndose, entonces, es nula como al principio lo manifestamos. No obstante, en cuanto a ésto, nos parece interesante, y a la vez equivocado, el pensamiento de Enneccerus Lehmann, cuando afirman que "si no existe la antigua obligación o si no se logra la extinción surge, sin embargo, por consecuencia de la naturaleza abstracta del negocio de obligación, pero, fundándose en el enriquecimiento sin causa, el deudor puede exigir su extinción y defenderse mediante excepción. . ." (37).

Es normal que si no se logra la extinción propuesta - la nueva obligación surge, pudiéndose estar así frente a un caso de coexistencia. Lo que no lo es, es que si no existe ésa, la nueva nazca, ya que aún cuando el contrato novativo sea abstracto, siempre requerirá como requisito esencial la existencia de una - obligación válida; al tenerse como fundamento una obligación que no existe - es decir, afectada de nulidad absoluta -, es como construir una novación en el vacío, puesto que al carecer de todo valor jurídico (38), no hay obligación que extinguir ni que sustituir. Ahora bien, podría pensarse que con la novación se logra la sanatoria de dicha obligación al reproducir algunos elementos en la - nueva que se crea. En nuestro criterio, no lo creemos así, y cualquier construcción que se intente por considerar la posibilidad de obtener ese resultado cae indefectiblemente por la simple razón - de que se está tomando como base algo que se sabe no existe o que es totalmente inválido y siendo así la ley lo considera carente de todo valor jurídico. La sanatoria, según la doctrina (39), que pue

(36) Sancho Rebullida, op. cit., p. 341.

(37) Enneccerus-Lehmann, op. cit., p. 341.

(38) Cfr. Azurza, op. cit., p. 601.

(39) Cfr. Schlesinger, Mancanza cit., p. 368.

de ir aparejada al negocio novativo solo será aplicable a los casos de nulidad relativa o anulabilidad siempre que haya un válido reconocimiento por parte del deudor y que éste hubiere asumido válidamente la nueva obligación, conociendo el vicio de que adolecía la anterior (40). Más adelante, volveremos a este tema con mayor amplitud. Por ahora, baste saber nada más que la obligación con nulidad absoluta es inexistente y que como tal, sin ningún valor jurídico, es incapaz de producir novación. Esta, si se quiere ver fundada en una obligación inválida absolutamente, obtiene igual suerte y no puede llegarse a considerar efectuada ni existente.

Así las cosas con respecto a la novación, veamos enseguida que ocurre en los casos de modificación objetiva de una -- obligación nula o que siendo válida la obligación, por la modificación se introduzca una nueva prestación contraria al orden público a la moral o a la ley. En el primer caso, sea de una obligación nula, hay que distinguir dos situaciones; la nulidad reconocida plenamente por las partes y la nulidad desconocida por éstas y la creencia en la apariencia de una obligación válida. Para estos, por su parte, supuestos, el conocimiento que hace que las partes actúen como si el negocio que originó la obligación no existiera; el desconocimiento impone la necesidad de destrucción de esa apariencia mediante una sentencia que declare la carencia absoluta de efectos ab-initio (41). Ahora bien, siendo nula o habiéndose declarado nu-

(40) Cfr. Barassi, op. cit., I, pp. 275-276.

(41) Cfr. Díez Picazo y Gullón, op. cit., p. 77 y ss., quienes manifiestan que el recurso a la acción es necesario cuando alguna de las partes o sus sucesores pretenden ejercitar un derecho sobre la base del negocio nulo, estimándolo como válido y plenamente eficaz... la acción de nulidad es meramente declarativa, porque la sentencia no invoca ni constituye una nueva situación jurídica, sino que pone de manifiesto la ineficacia que atacaba al contrato desde su celebración"

la obligación, la modificación que se introduzca en alguno de sus elementos objetivos es como si no se hubiera efectuado, pues to que si en otra oportunidad declaramos que es requisito esencial para la modificación una obligación existente y válida, ya - que ello equivaldría a operar un cambio en algo que jurídicamente no existe. Además, esta modificación no comporta la sanatoria de la que se ha querido tener como fundamento y lo más que podría pensarse es que con la modificación se haya vuelto a originar, pero no a convalidar cabalmente por esa inexistencia que la imposibilita para producir cualquier tipo de efectos. Aún más incluso consideramos dudoso que la con la modificación, por - ejemplo, de una prestación contraria al orden público por otra que sea conforme a la ley, pueda darse el caso de una nueva origi nación de la obligación, puesto que la modificación o el cambio de la legal prestación por la nula se está efectuando sobre una base inexistente que como tal se extiende a toda la obligación y no concreta y específicamente a un determinado elemento (42). Lo que puede suceder, y es lo más factible que ocurra, es que con ciendo la ilicitud de la prestación que hace nula la obligación, se trasladen o tomen elementos de ésta y junto con la nueva prestación que es lícita, se constituya otra obligación, que contando - con un respaldo de validez, ya es susceptible de ulterior modifi cación.

En el otro supuesto, que siendo válida la obligación

(42) Cfr. Mazeaud y Mazeaud, op. cit., II, I, p. 342, quienes afirman que la ilicitud del objeto lleva consigo la nulidad absoluta por motivos de orden público y de interés general. La san ción es la misma, porque hay defecto de un elemento esen cial del contrato, cuando el objeto no existe.

se modifique su prestación por otra que es contraria a la moral o al orden público, sucede casi el mismo resultado, es decir, no puede considerarse efectuada la modificación que por esa anomalía que trasplanta la hace a sí mismo inválida, permaneciendo la que le ha servido de base inalterada como si el cambio no se hubiera producido. La invalidez del contrato de modificación no se propaga a la obligación que se trata de modificar, pudiéndose deducir lo anterior de la disposición del artículo 1303, en el sentido de que si declarada la nulidad de una obligación las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, entonces, lógico porque lo es, que - si declarada la nulidad del contrato de modificación, y más sutilmente de la prestación ilícita, al restituirse a la situación anterior ha de quedar como si nada hubiese sucedido a la obligación ilícita, recobrando la antigua prestación y continuando la producción normal de sus efectos.

Podría verse como un tercer supuesto el de la pérdida del objeto por dolo o culpa del que podría ejercitar la acción de nulidad. El artículo 1314 del Código civil expresa que la acción de nulidad se extinguirá cuando la cosa objeto de los contratos se hubiese perdido por dolo o culpa del que la pudiera ejercitar. Es necesario distinguir dos cosas: la extinción de la acción de nulidad ya hace suponer la nulidad de toda la obligación y su invalidez; la pérdida del objeto, aunque sea ilícito, hace desaparecer la obligación, que no puede existir en sus otros elementos que ya se encontraban afectados por esa ilicitud y por la ausencia de uno esencial. Entonces, si para la novación practicada se decreta la nulidad (43), con respecto a la modificación en sí ocurriría lo mismo que antes habíamos expuesto, es decir, en caso de pérdida del objeto, conociéndose que este era ilícito, ha

ce falta la base de una obligación que no puede concebirse en los restantes elementos, porque ya la obligación se suponía nula, y - que a su vez impide que por la modificación se llegue a convalidar. Si en una obligación lícita, la pérdida del objeto sanciona a ésta con su insubsistencia por la ausencia de un elemento esencial, con mucho más razón, conociéndose su motivo de nulidad absoluta, la obligación no se puede tener como válida, lo que ya representa la falta de un requisito para que la modificación pueda operarse, máxime que esta falta se debe a un vicio que ha contaminado a todos los demás elementos.

B. - Anulabilidad

El segundo supuesto que contempla el artículo 1208 - es el de la nulidad relativa o anulabilidad y que si da margen a considerar que la novación se puede producir. En este sentido, se ha manifestado la doctrina optando por admitirla igualmente viciada, es decir, novación anulable (44), lo que quiera decir que "produ-

(43) Cfr. Manresa, Comentarios cit., p.433, que afirma que la pérdida de lo primeramente debido no determina responsabilidad en el obligado y que la novación será nula porque le falta la base de una obligación anterior y aún subsistente, pero que si por el contrario, la pérdida, aunque fuese total y definitiva dejaba como consecuencia indemnizar, habría en esto una deuda que sería causa bastante para la novación-y también para la modificación, agregamos nosotros- y para la eficacia de la obligación posterior.

(44) Sancho Rebullida, op. cit., p. 342-343, advierte que "si no - impugna el acto novativo anulable y la nova obligatio sanapor prescripción o convalidación, parece evidente que se ha de - producir novación; y si se impugna con éxito, se trata de una novación anulada, con el efecto de retroactividad propio de la impugnación. Por último, si la voluntad de las partes está dirigida a sustituir un vínculo firme y válido por otro anulable, aunque éste fuese anulado, creo que en puridad de doctrina no

circa sus efectos, pero, si la acción de nulidad llegare a ejercitarse y la nueva obligación se anulara, también deberá entenderse que la novación no había existido, a no ser que hubiera sido la voluntad de las partes el sustituir una obligación primitiva firme y válida por una obligación anulable" (45). Por su parte, Clamente de Diego, expresa que las obligaciones anulables pueden ser novadas siempre que hayan desaparecido esos vicios, pues la novación hecha con ellos y con perfecto conocimiento de causa — equivale a una renuncia tácita al ejercicio de la acción de nulidad (46); en cambio, Azurza, afirma, que "si solamente fuere anulable, la solución varía: la obligación es precaria, incierto su futuro, pero existente momentáneamente; por lo tanto, es susceptible de novación con la reserva de que el valor de la novación será también necesariamente precario" (47). Finalmente, casi en la misma directriz de pensamiento de los anteriores autores, los franceses Colin y Capitant, sostienen que "cuando la primera obligación está afectada de nulidad relativa, la novación sólo está afectada de la misma nulidad si el vicio que ha dado a la primera obligación (incapacidad, dolo, error, violencia) existía en el momento en que se realizó la novación. Si por el contrario, el vicio ha desaparecido o era conocido por el interesado en el momen

(cont. pág. ant.) se trata de verdadera novación sino de remisión condicional".

(45) De Buen, Notas a Curso cit., p. 304.

(46) Instituciones cit., p. 425. Por otro lado, De Buen, op. cit., p. 302, sostiene que la novación deberá reunir las condiciones que a la convalidación se exigen y, por tanto, no será válida si no se hace respecto a mi contrato que reúna los requisitos necesarios para su existencia y con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo esta cesado. Acoge esta tesis, Espín Cánovas, Manual cit., p. 152.

(47) Notas cit., p. 601.

to de la novación... la novación es válida, pues produce la confirmación de la antigua obligación" (48).

En resumen, de la doctrina expuesta se deduce que la novación es realizable sobre una obligación que adolece de un vicio que la hace anulable, extendiéndose esta posibilidad de destrucción a ella misma mientras que aquella que le sirve de su fundamento no se haya convalidado; convalidación que podrá hacerse independientemente de la novación o bien, en el acto mismo de extinción-creación de una y otra obligaciones. Sin embargo, conviene ver algunos problemas específicos que se han planteado por la doctrina cuando la novación se ha efectuado sobre una visión viciada de nulidad relativa, sean la novación con desconocimiento del vicio que produce la anulabilidad, la que se realiza conociendo el vicio que provoca la invalidez relativa y la sanatoria - por medio de convalidación.

La novación con desconocimiento del vicio que produce la nulidad relativa (49), realmente no ejerce ninguna influencia sobre la facultad de impugnar la obligación viciada, por lo - que si se impugna se obtiene una eliminación de la relación novante que ha ocupado el puesto de la prior obligatio. Según la doc-

(48) Curso elemental, cit., p. 218

(49) Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 461, quien manifiesta que el poder de impugnar -y la correspondiente acción o excepción- se concede no a cualquier interesado, sino a aquel a cuyo favor se establece la anulabilidad: así, al incapacitado por locura o sordomudez, al que padece el error o el dolo, al cónyuge sin cuyo consentimiento obró el otro; pero no a la otra parte (por ejemplo, C. c, arts. 2º, 1º parte, 1302, 65 arg. arts. 1311 y 1312). Quienes pueden interponerla bien por sí, bien por sus representantes voluntarios o legales, - salvo que se trate de materia personalísima".

trina italiana esto se explicaría en base, por una parte, a la autonomía del actocausativo que produce la eliminación de esa relación mientras que una tesis opuesta sostiene que desconociéndose el vicio, la solución dispuesta por el ordenamiento consiste en la invalidez del acuerdo novativo y no en el somentimiento de la nova obligatio a los efectos de la impugnación del acto originario (50). Por lo que a nuestro parecer respecta, preferimos la tesis del autor citado ya que el contrato novativo ha sido constituido de buena fé ignorándose por completo el vicio de la antigua obligación y es que como tal se hace inmune a recibir los vicios de esa que no se le transportan. Por otro lado, podría pensarse para este caso en un doble ejercicio de acciones de anulabilidad, una contra el contrato novativo para dejarlo sin producción de efectos y que al suceder ello surgiría la prior obligatio, que requiere también una segunda impugnación. Mientras que por la tesis acogida, al atacarse directamente la precedente obligación y declararse nula, indirectamente se estaría afectando a la novación realizada, dejándola carente de efectos y especialmente de un fundamento necesario para su constitución, lo que consecuentemente provocaría su invalidez absoluta, aunque en sí no haya sido impugnada de nulidad relativa. En otras palabras, la invalidez del contrato novativo se produce como un efecto reflejo del ejercicio de la acción de anulabilidad sobre la prior obligatio (51).

(50) Cfr. Schlesinger, Mancanza cit., p. 360 y ss. La tesis de este consiste en que concluido un contrato novativo sin conocimiento de los vicios del título de los que deriva la obligación novada, no puede ser automáticamente impugnado, pero puede ser privado retroactivamente de efectos, mediante la anulación de la prior obligatio.

(51) El argumento contrario a la anterior tesis se funda en que la prior obligatio una vez novada, ha dejado de existir y que entonces no es susceptible de ser impugnada. Entre otras cosas

En el otro supuesto, sea el de la novación más conocimiento del vicio de la obligación originaria, parece que es el que en general contempla el artículo 1208, ya que expresamente habla de que "sólo pueda ser invocada por el deudor". Pero, además de dicho conocimiento, es la clase de nulidad que sólo puede ser sanada mediante la convalidación que el mismo texto alude. Esta convalidación perfectamente puede llevarse a cabo mediante el contrato novativo, el cual es considerado como "un medio de sanatoria del acto imperfecto del que deriva la obligación novada" (52). De todos modos, la novación siempre irá acompañada de la nulidad relativa, lo que no significa que dicho acto siempre sea convalidante, pues, aún conociéndose el vicio, la impugnación puede dirigirse contra la prior obligatio y dejar sin efecto la novación efectuada. Simplemente lo que se ha visto a través de esta institución es una

(cont. pág. ant.)... se ha expresado (Cfr. Schlesinger, op. cit. p. 363 y ss), que si se admite que del cumplimiento de una obligación anulable se pueda atribuir al solvens la acción de repetición y por otra parte, que dicho cumplimiento no vale como convalidación, entonces, la tutela del acreedor no puede manifestarse si no a través de la legitimación para impugnar la obligación cumplida, ya que el cumplimiento no extingue el poder de impugnar el negocio. Según el parecer del autor, la acción de nulidad puede ser intentada también contra una obligación que, por haber estado cumplida, resulta ya extinguida. Así, del mismo modo debe reconocerse admisible la impugnación contra una obligación extinguida por efecto de un contrato novativo. En el primer caso la anulación de la obligación calificará retroactivamente como indebido el pago efectuado, dejándolo repetible; en el segundo, la anulación de la obligación novada determinará la imposibilidad del efecto extintivo y consecuentemente, dejará ineficaz el contrato novativo.

(52) Cfr. Schlesinger, op. cit., p. 368.

facilitación para que el acto viciado se convalide y así se evite - cualquier efecto reflejo sobre la novación, en el supuesto de que en cualquier oportunidad futura pueda atacarse. Ahora bien, conociendo el vicio, para la convalidación por novación es necesario que se efectúe mediante una declaración expresa o tácita (53) del deudor, lo que se puede traducir también en una confirmación por ejecución del negocio nulo, o sea, que si efectuada la novación sobre una obligación anulable con conocimiento del sujeto legitimado para la impugnación, este, como la nueva obligación que nace contiene el vicio de origen, si ejecuta o da comienzo al cumplimiento de la misma, tácitamente está convalidando dicha obligación, además de que lo está haciendo con la que le sirvió de fundamento y provocando a su vez la extinción definitiva de ésta, estableciéndose así también una especie de efecto reflejo que se extiende hasta la nulidad de la precedente obligación, pero que en vez de ser negativo, es decir, generador del resurgimiento de la antigua obligación, lo es positivo, por alargar la sanatoria hasta ésta que antes de la fecha de la convalidación era considerada en un estado latente de extinción.

Pero aparte de la convalidación de la obligación anulable por medio de la confirmación, la doctrina reconoce además otros como la prescripción sanatoria (54), la ejecución voluntaria por parte del titular del derecho a impugnar y por la pérdida

(53) Cfr. Albaladejo García, op. cit., p. 465, afirma que "un caso de confirmación tácita es la ejecución voluntaria del negocio impugnado, por aquél a quien corresponde el derecho a impugnarlo. Es seguro que basta una ejecución parcial o el comienzo de la ejecución, con tal de que se exteriorice, con lo realizado, la voluntad confirmatoria". Véase, además, el artículo 1311 del Código civil.

(54) Albaladejo García, op. cit., p. 467, afirma que esta terminología no es muy afortunada, ya que la acción se extingue, no

del objeto. Sin embargo, observamos que en estos otros casos, porque en el de la confirmación la sanatoria recae esencialmente sobre el acto viciado convalidándolo del que lo afecta, realmente lo que hay es una pérdida de la acción para impugnar la anulabilidad, la cual persiste en la obligación que afecta. Así entonces, extinguida la acción de nulidad, la novación efectuada sobre una obligación que estaba viciada ha de considerarse válida y productora de todos sus efectos, asumiendo la voluntad de las partes un comportamiento positivo como si no hubiera existido vicio alguno.

Veamos ahora cuáles serían en las mismas hipótesis las soluciones adecuadas para los casos de simple modificación objetiva.

Comencemos por la realizada con desconocimiento de los vicios de la relación obligatoria. Puede ocurrir que dichos vicios afecten a ciertos elementos ajenos a los objetivos o bien que sea alguno de éstos el portador de los mismos y así se extienda - la anulabilidad - a toda la obligación. La doctrina sostiene en términos generales que después de la modificación la obligación continúa teniendo la anulabilidad (55), lo que nos lleva a señalar que introducida una modificación objetiva en una obligación cuya anulabilidad tiene su origen en cualquier elemento, incluso en los objetivos, y si se ignora tal vicio, la impugnación por el sujeto legitimado se hará contra la misma obligación,

(cont. pág. ant.). ... por prescripción, sino por caducidad. Por su parte, Díez Picazo y Gullón, Sistema cit., p. 81 y ss., - haciendo eco de la anterior aclaración, afirman que la acción de anulabilidad tiene un plazo de ejercicio de cuatro años que comenzará a contar en la forma que lo determina el artículo 1301.

(55) Cfr. Albaladejo García, Derecho cit., II, 1º, p. 273.

sin que la modificación impida considerar alterada la situación originaria (56). Al ejercitarse la acción después de la modificación y declarada la nulidad de la obligación, el contrato efectuado queda ineficaz e inválido, aunque para su constitución se hubiesen observado todas las prescripciones de ley, por la falta de un presupuesto esencial. No obstante, nada impide al deudor legitimado para impugnar el negocio anulable que al momento de descubrir el vicio y ejercer la respectiva acción pueda convalidarlo en vez de dirigirse a su destrucción, logrando de esta manera salvar la modificación realizada o la que se desea efectuar. En última instancia, siempre dependerá la sanatoria de la voluntad de las partes al igual que lo hacen con la modificación. Para obtener la invalidez del negocio de modificación no es necesario atacarlo por separado, pues en sí mismo no es portador del vicio que lo hace anulable; basta con combatir la obligación misma para que los efectos de la declaración de nulidad se extiendan a aquél, el cual por este hecho queda como si no se hubiese celebrado.

La modificación objetiva con conocimiento del vicio que invalida relativamente a la obligación, puede servir a la vez de vehículo de convalidación (57). Generalmente es lo más común que suceda ya que si el vicio radica en un elemento objetivo, con

(56) Cfr. en similar sentido, Schlesinger, op. cit., p. 367, nota 50, que afirma que en los casos de modificación la voluntad de las partes dirigida a realizar no una innovación, pero una simple modificación, impide considerar alterada la situación originaria, y permite calificar la eventual acción del acreedor como todavía a la ejecución del contrato originario (modificado), antes que a la ejecución de un contrato diverso.

(57) Véase, Albaladejo García, Ibid., p. 273.

cretamente el sustituido, la modificación cumple una función de purificación de toda la obligación al introducir el mismo u otro con - cualidades distintas, pero ajustado a las formalidades sustancia- - les que elimina el efecto nocivo extendido a toda la obligación en su conjunto. Por el contrario, si el vicio se localiza en cualquier otro, junto con la modificación objetiva se puede acompañar la - voluntad del legitimado para la impugnación confirmando querer la validez definitiva del negocio impugnado, haciendo de esta manera que el contrato de modificación surta plenamente sus efectos (58). Esa voluntad ha de canalizarse mediante una declaración, conforme lo prescribe el artículo 1311, que puede ser expresa o tácita y constar en el contrato de modificación o en forma separada y sin - dejar lugar a dudas ha de conformar el negocio inválido (59).

Aunque la ley no expresa nada, creemos que por las - normas generales de la contratación la obligación originaria vicia - da de anulabilidad y que ha servido de presupuesto para la modifi - cación objetiva puede ser rescindible (60). Para el presente traba

(58) La doctrina manifiesta (Cfr. Schlesinger, op. cit., p. 360, y nota 22, que si a un acuerdo se le reconoce simplemente carácter modificativo, la disciplina de la relación continua a estar sujeta, no obstante la modificación a la influencia de los per - cances del título constitutivo.

(59) Albaladejo García, op. cit., I, 2º, p. 465, afirma que la confirmación es un negocio jurídico accesorio del convalidado y - que la declaración puede revestir dos aspectos: "uno positivo se quiere mantener el negocio (que era impugnado). Otro nega - tivo: se renuncia al derecho a impugnarlo. Ambos son el anver - so y el reverso de una cosa misma; pues quien quiere la vali - dez definitivamente, no puede dejar de renunciar a impugnar, ni quien renuncia a impugnar, puede querer la invalidez. Por - eso, la confirmación puede realizarse bien declarando mante - ner el negocio, bien renunciando a la acción de impugnación"

(60) Albaladejo García, op. cit., II, 1º, p. 390, expresa que con - sidera la rescisión como uno más de esos casos en que se per -

jo interesa la rescisión del contrato que generó aquella obligación después de que se ha celebrado el de modificación, ya que si se verifica antes, la obligación-presupuesto se ha extinguido quedando, lógicamente, sin efecto aquel acuerdo. Sin embargo, en atención a lo que ha dicho la doctrina (61), no hay duda de que si celebrado un contrato de modificación y posteriormente alguna de las partes rescinde el contrato originario, de pleno derecho se determina la nulidad del segundo contrato. Es decir, que si para la novación se declara su invalidez e ineficacia cuando se retrotraen los efectos de la acción de rescisión, igual suerte ha de corresponder al contrato de modificación cuyos efectos son menores que los del extintivo.

(cont. pág. ant.)...mite a una de las partes pedir la extinción del contrato válidamente celebrado, no a su libre voluntad, sino cuando concurren ciertas circunstancias... la de haber sufrido lesión. Se trata, pues, de que, en tal hipótesis, el término específico con el que la ley designa la situación es-dentro del concepto genérico de resolución-el de "rescisión".

- (61) Cfr. Schlesinger, op. cit., pp. 381-382, quien explica que si la resolución se verifica después de la conclusión de un contrato novativo, es indiferente que el contrato originario venga a ser resuelto ipso iure o bien como consecuencia - del ejercicio de un derecho potestativo, porque en ambos casos la resolución determina el que venga a menos la obligación novada y por consiguiente la nulidad del contrato novativo. Y, más concretamente, en lo que se refiere a la rescisión, afirma que "el vicio de la obligación novada no constituye causa para una autónoma impugnación del contrato novativo; por otra parte, la conclusión de este último no impide al titular de la acción de rescisión... de hacer valer, en los términos propios de la acción concedida por el legislador, el vicio del acto originario. El acogimiento de tal acción, dada la eficacia retroactiva, producirá - como se ha descrito para la hipótesis de anulación y resolución-la invalidación del contrato novativo y su eficacia".

Aún cuando nos hemos referido a la rescisión como - una forma de hacer ineficaz el contrato de modificación distinta - de la anulabilidad, realmente la verdadera rescisión, que es un - caso de resolución del contrato por voluntad de una parte, atien- de a una lesión que el mismo le ha producido, pero que junto a -- ella, porque la ley así lo manifiesta, "se comprenden una serie de hipótesis en las que la ley habla de rescisión, pero que real- mente son casos, dispares entre sí, de anulabilidad por error o de resolución por incumplimiento" (62). De ahí que tal vez resul- te un exceso referirse a ella en forma específica y conocer cuá- les pueden ser sus efectos respecto a la modificación ya que los mismos se obtendrán y serán idénticos a los que produce la acción de anulabilidad, cuando se declara nula la obligación preexisten- te.

2. - LA PRESCRIPCION DE LA OBLIGACION

Se ha expresado por la doctrina que la novación objetiva practicada sobre una obligación que ya ha prescrito, si todavía no se ha hecho valer, puede considerarse válida sólo si el deu- dor asume el nuevo crédito con conocimiento del hecho, implican- do de esta manera ese comportamiento una renuncia a hacer valer la excepción de prescripción (63). Por el contrario, la realizada

(62) Albaladejo García, op. cit. pp. 391-392, supra nota 60.

(63) Cfr. Schlesinger, op. cit., pp. 357-358, quien además afir- ma que la novación sobre un crédito ya extinguido por pres- cripción equivale a efectuarla sobre una obligación natural y que en el caso contrario al expuesto, sea que el deudor ig- nore la prescripción transcurrida, no se puede recurrir al concepto de renuncia ya que esta presupone el conocimiento de la titularidad del derecho (o de la excepción) que se abdi- ca y consiguientemente el contrato novativo debe considerarse inválido, dado el principio general, ya subrayado, de la - imposibilidad de novar válidamente una obligación natural.

sobre una obligación cuya prescripción ya se ha hecho valer, se reconoce que el contrato novativo deviene inválido ya sea porque se parta de la concepción del crédito prescrito como obligación natural, o bien de la concepción de la operatividad ope exceptio nis de la prescripción, puesto que para ambas tesis falta el fundamento de la prior obligatio. Pero, puede existir una salvedad a lo anterior y sería la eventual validez del contrato novativo bajo el perfil de una eficaz renuncia a la prescripción (64)

No hay duda que la renuncia a la prescripción (65) es posible, sobre todo si el tiempo de ésta ya ha transcurrido, lo que haría que la novación fuere efectivamente válida, por cuando se está abandonando el derecho adquirido y reconociendo el del titular. En consecuencia, la prescripción mientras no se haga valer por su titular o no se renuncie por éste, no es obstáculo para -- que la novación venga a considerarse válida, siempre que la misma sea de conocimiento del deudor de quien tenga el derecho a oponerla como excepción.

(64) Schlesinger, ibid. p. 339.

(65) Según Albaladejo García, op. cit., I, 2º, p. 519 y ss. la prescripción ganada se puede renunciar, quitando al renunciante la facultad de oponer la prescripción a la reclamación (judicial o extrajudicial) del titular del derecho, pudiendo ser -- expresa o tácita, requiriéndose solamente para ello tener la capacidad de enajenar. Ahora bien, como muy acertadamente lo aclara, es renunciable el tiempo corrido en la prescripción en curso, porque en la parte transcurrida es tiempo ganado; lo que no es posible es renunciar al comienzo del plazo y siquiera durante éste, a la prescripción que se ganará si llega a transcurrir entero. Asimismo, advierte que rechazar la renunciabilidad del tiempo transcurrido, carece de -- utilidad, puesto que el renunciante puede interrumpir la -- prescripción (cosa que no diferirá de la renuncia al tiempo ya transcurrido) reconociendo el derecho.

En lo que respecta a las modificaciones subjetivas de la obligación, se ha dicho que "la persona que asume la deuda pue de invocar también la prescripción ya consumada en el momento de realizarse el traspaso, si bien el hecho de asumir conscientemente una deuda prescrita representará casi siempre un acto de renuncia a la prescripción" (66), lo que nos lleva a distinguir dos situaciones respecto a la modificación objetiva: la modificación realizada sobre una obligación ya prescrita con conognicimiento de quien tenga derecho a oponerla y la acordada en el curso de la prescripción (67).

La modificación objetiva de una obligación prescrita -- acordada por las partes no tiene otra finalidad, aparte de introducir un cambio, que una renuncia de la prescripción. Si bien es cierto que para llevar a cabo la modificación hace falta un -- principal requisito, sea una obligación existente, esta ausencia se suple automáticamente por el reconocimiento que se hace de la obligación, implicando tal hecho, el de la modificación, una renuncia tácita y un abandono de la ventaja procurada. Esta renuncia es necesaria para que la modificación sea válida, pues --

(66) von Tuhr, op. cit., p. 341, asimismo, a nota 5, afirma que la prescripción en curso se interrumpe mediante la asunción de deuda, pues esta implica un reconocimiento de la -- deuda.

(67) En cuanto a la cesión de créditos o a la subrogación en pago como figuras modificativas subjetivas activas de la obligación no existe mayor problema con respecto a ésta, ya -- que el deudor siempre conservará todas las excepciones, especialmente las que derivan del crédito; de ahí que no tenga ninguna importancia para él la cesión llevada a cabo estando prescrito el crédito, pues siempre conservará la facultad de oponerla, sin que se pueda considerar, mucho menos, el acto en sí como interrupción de la misma, cuando es tá en curso, puesto que para esto es necesario el reconocimiento del sujeto pasivo.

si esta se efectúa desconociendo el deudor la prescripción sucede igual que en la novación, se tendrá que declarar su invalidez, por cuanto el deudor no ha perdido su derecho de hacerla valer. Entonces, el reconocimiento de la obligación ya prescrita por la modificación, también aparte de la renuncia que conlleva de la excepción, abre un nuevo período de prescripción igual al extinguido - dentro del cual puede el acreedor reclamarle pacíficamente al deudor el cumplimiento de la obligación reconocida con el nuevo objeto o cualquier otro elemento objetivo que hubiese sido variado a través de aquella. La renuncia en sí implica un acto de voluntad del deudor, ya que conociendo que no está obligado frente a quien fué su acreedor, el obligarse de nuevo frente a éste y por la misma obligación siempre ha de depender de su propia voluntad ya que no existe ningún medio posible que lo obligue a renunciar a una facultad que la ley le concede, y que a la vez es un edicto de defensa contra el derecho y la acción del titular del crédito.

El otro supuesto, el de la modificación objetiva convenida en el curso de la prescripción (68), aparte de que en sí es válida por encontrar un fundamento legal que no se ha extinguido todavía por el transcurso de un cierto tiempo (69), no hace otra cosa más

(68) El curso de la prescripción, como se sabe, comienza cuando llega el momento del cumplimiento y se adquiere el derecho para el ejercicio de la acción. Cfr. Díaz Pairó, op. cit. p. 137 y Albaladejo García, Ibid., pp. 497 y ss.

(69) Expresa, Albaladejo García, Ibid. p. 484, que "no hay acuerdo sobre si realmente prescribe aquél - el derecho - o la acción que corresponde para hacerlo efectivo, o si lo que ocurre es que subsistiendo uno y otra, la llamada prescripción de los mismos, consiste sólo en que la ley faculta al sujeto pasivo para que, amparándose en el transcurso del tiempo, se niegue a hacer lo que debe, cuando se le reclame pasado el plazo de prescripción". Esta es la tesis que estima correcta y nosotros compartimos.

que interrumpir la prescripción que ya ha comenzado (70), produciendo consecuentemente también un reconocimiento de la obligación por parte del deudor. Como toda interrupción de la prescripción "no sirve el tiempo ya pasado; y para prescribir es preciso comenzar de nuevo" (71).

3. - LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

Como la excepción es oponible sólo a los contratos con prestaciones correspectivas para cada uno de los sujetos de la relación, es decir, en los contratos bilaterales, "la hipótesis en que opera la excepción de incumplimiento es... la de que una de las partes pretenda exigir el cumplimiento a la otra, sin cumplir por su parte" (72)

(70) Albaladejo García, Ibid., pp. 505 y ss., señala que la interrupción se produce, según el Código civil, por el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales; por reclamación extrajudicial del titular del derecho, frente al sujeto pasivo y, por cualquier otro reconocimiento del mismo por este sujeto pasivo, pues en todos estos casos cesa lo que se ha llamado inactividad del derecho, inactividad que, para que se produzca la prescripción, es preciso dure (es decir, se dé ininterrumpidamente) el plazo que la ley marque. Separadamente indica que el reconocimiento puede revestir innumerables formas y consistir en cualquier tipo de comunicación, escrito, etc., o, en la gestión que sea, con tal que se haga patente la petición del derecho, pudiendo ser expreso o tácito, con tal de que se deduzca que el sujeto se considera sometido al derecho de que se trata.

(71) Albaladejo García, Ibid., p. 505.

(72) Espín Cánovas, Manual cit., p. 419, quien además afirma -- que "frente a esta actitud, la excepción de incumplimiento se opone con una negativa meramente provisional al cumplimiento exigido. No se niega el cumplimiento, sino tan solo el cumplimiento previo, por lo que la parte que reclama haya cumplido su obligación, cesará todo fundamento para alegar la exceptio".

Se ha polemizado por la doctrina el comportamiento de la exceptio en caso de la novación (73), afirmando algunos que si con la novación no se cambia la causa debendi no hay obstáculo para que la oposición de la exceptio non adimpleti contractus, en contra de la opinión de otros de que en caso de novación excluyen tener el nuevo crédito sometido a la exceptio (74). Sin embargo, Persico afirma que para resolver el problema de la oponibilidad o no de la exceptio a una relación novada es necesario considerar la voluntad de los contratantes: no es, en efecto, exacto que en la novación objetiva venga siempre menos el fundamento causal originario y desaparezca la relación originaria para sustituirse con una nueva (75). Y, en cuanto a la oposición de la exceptio a esta nueva relación, expresa que si fueran "novadas las obligaciones de una sola parte en un contrato con prestaciones correspondientes, causa debendi de las nuevas obligaciones, salvo contraria voluntad de las partes, quedará la misma de las obligaciones originarias y podrá, por tanto, aplicarse la exceptio non adimpleti contractus. Así, si las partes establecen novar el objeto de la prestación debida de una de ellas, está a la demanda del cumplimiento (de la nueva obligación) podrá oponer la exceptio si la otra no habrá de su parte cumplido y si se pre-

(73) Cfr. entre otros, Persico, Giovanni, *L'eccezione di inadempimento* (Giuffrè editore, Milano, 1955), p. 220 y ss; Schlesinger, *Mancanza cit.*, p. 283 y ss.

(74) Cfr. Persico, *Ibid.*; p. 220, afirma, von Tuhr, *Tratado cit.* p. 55, que la excepción de contrato incumplido, a pesar de los términos generales en que está formulado el art. 82 (y el 320, Código Civil alemán) no es aplicable a todas las obligaciones que se deriven de un contrato bilateral, sino solamente a las que guardan entre sí una relación de intercambio.

(75) Persico, *Ibid.*, p. 222.

sentan las otras circunstancias demandadas. Igualmente podrá oponer la exceptio non adimpleti contractus el otro contratante que no ha recibido la nueva prestación, él naturalmente no podrá en lugar hacer valer el incumplimiento de la obligación originaria, que está extinguida" (76).

De igual manera, Schlesinger también deja la oponibilidad de la exceptio inadimpleti contractus dependiente de una interpretación de la voluntad de las partes, "libres de introducir en la disciplina de la nueva relación elementos de la vieja, libres por lo tanto también de vincular la accionabilidad del nuevo Derecho al cumplimiento de la contraprestación. Cuando, sin embargo, falte cualquier indicio en tal sentido, en el silencio de las partes debe darse prevalencia al carácter de novedad de la obligación novante. En la duda el *ánimus novandi* manifestado por los contratantes hace presumir un intento cerrado a la constitución de una obligación cuya disciplina sea deducible exclusivamente a la fuente de que deriva, es decir, al contrato novativo" (77)

(76) Persico, Ibid., p. 222; también estima que si hay novación de toda la relación en el ámbito de la cual la misma se puede ejecutar, entonces no podrá hacerse valer en la nueva relación la exceptio oponible en la relación novada. Así, por ejemplo, si una cosa, ya debida a título de donación; o si venga dejado al comprador el precio debido a título de mutuo. La respuesta rigurosamente negativa (cfr. Schlesinger, op. cit., p. 283), viene justificada en base al valor extintivo de la novación; el crédito novado se extingue con todas sus cualidades y por consiguiente con todas las excepciones que lo invalidaban.

(77) Schlesinger, Mancanza cit., p. 384, la tesis opuesta a aquella que niega la exceptio en base al valor extintivo de la novación y la que excluye la exceptio solamente cuando las partes realizan la novación causal, cambiando la misma causa debendi, se explica por una admisión incondicionada de la excepción, admisión que vendría justificada por la necesidad de no

Esto es lo que se ha dicho por la doctrina con respecto a la exceptio non adimpleti contractus en relación con la novación; en lo que atañe a la modificación, concretamente, en sus formas subjetivas, la doctrina confirma su permanencia, afirmando que en "la cesión de un crédito derivado de un contrato bilateral es eficaz aún antes de que se haga la contraprestación, pero, como es natural, la exceptio non adimpleti contractus puede ser alegada también contra el cesionario. Pero no se da contra él una acción dirigida a la contraprestación, ya que sólo se le ha transferido el crédito, no la obligación" (78). En cuanto a la asunción de deuda, también se reconoce su oponibilidad por el transmisor a la demanda y que le asiste al deudor en el momento de -- de efectuarse el traspaso; "El que me declara que asume mi deuda hacia X, sabe perfectamente que no solo se obliga hacia mí, si no que con ello me hace ya una prestación, o sea que realiza ya

(cont. pég. ant.) ... disminuir las garantías del deudor y -- comprobada por el realce concedido por el legislador, con -- el art. 1234, a la relación originaria. Esta tesis, subrayando solamente a la introducción, en relación del contrato novativo, de un aliquid novi, no toma el elemento esencial de -- diferenciación respecto a la modificación objetiva del contenido de la prior obligatio, vale a decir el animus novandi, la intención de operar una verdadera sustitución de relaciones.

- (78) Enneccerus-Lehman, op. cit., p. 385; von Tuhr, op. cit., p. 317-318, advierte de que dentro de las excepciones que el deudor le puede oponer al cesionario se cuenta especialmente la de contrato incumplido... "El hecho de que puedan oponerse al cesionario estas excepciones --incluida la de -- prescripción-- hace que sea posible la cesión de las acciones nacidas bilaterales. En efecto, si el deudor no estuviese a cubierto con esta excepción, la cesión de las acciones dirigidas contra él empeoraría su situación jurídica de un modo insoportable y por tanto inadmisibles".

la liberación prometida, subrogándose en mi lugar en la relación obligatoria. Si lo hace sin haber recibido la contraprestación, - tiene a su alcance la exceptio non adimpleti contractus con el mismo efecto que si se tratara del cumplimiento de cualquier otro - contrato bilateral" (79). Veamos, en consecuencia, su operatividad con los casos de modificación objetiva de una obligación derivada de un contrato bilateral y a la que corresponde otra contraprestación.

El contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas para cada una de las partes puede ser modificado en lo que se refiere a los elementos objetivos de una de esas obligaciones o bien en los de ambas, según sea la voluntad de las mismas. La modificación en ambas obligaciones vendría a determinar una situación similar a la que existía antes de llevarse a cabo ésta, pues las partes en vez de cumplir cada una con la antigua prestación lo harán ahora con la que se ha introducido. Quedando, en consecuencia, un equivalente a la anterior situación, sin que se haya producido detrimento alguno en los derechos y facultades que competen a las partes, lógico es que si alguna de éstas acelera el cumplimiento de la otra sin haber ella ni siquiera comenzado a desarrollar la actividad que le corresponde para cumplimiento de la suya la otra, en vista de la inalterabilidad que ha sucedido, puede oponerle la exceptio nada más con una finalidad paralizadora provisional mientras que el que le exige cumplir no de muestras de que por su parte ha comenzado a ejecutar la que a él compete. De igual modo, es también oponible la exceptio si modificada una obligación, de cualquiera de las partes de la relación sinaglamática, el que se beneficia de ella como el que la ha conservado igual y-

(79) Enneccerus-Lehmann, Ibid., p. 424, nota 2.

exacta desde su origen exige el cumplimiento de la recíproca sin haber por su parte dado inicio a la que a ésta atañe. Debido al carácter de tutela inmediata de la excepción, que tiende a producir un efecto suspensivo, pues al oponerla la parte a la que se le exige el cumplimiento provoca una actitud de espera, hasta sucesivo y definitivo esclarecimiento de la situación, es que no sea necesaria ninguna distinción en cuanto a la modificación ni mucho una aclaración de ésta con respecto a la excepción, pues la misma, salvo expresa voluntad de las partes en contrario, permanece invariable en cuanto a las consecuencias y al acto de la modificación en sí misma. En este sentido, a diferencia de lo que podría suceder en la novación, no entra en juego la voluntad de las partes en cuanto a su sostenimiento precisamente porque no hay ninguna extinción que se produzca, a la manera de aquélla.

Aunque bien podría pensarse que con la modificación se quiere agilizar el cumplimiento de la obligación que a esa parte corresponda, puesto que la finalidad de ésta no es otra que eliminar los obstáculos materiales impeditivos de aquél, una vez producida el mismo debe ser simultáneo con la de la otra parte, sin que deba entenderse que la modificación otorga a la que no se ha valido de ella la facultad de exigir su contraprestación.

Sin embargo, aparte de lo anterior, conviene saber si puede existir alguna posibilidad de oposición de la excepción a lo que es el contrato de modificación. Como sabemos, la bilateralidad de los contratos viene por el intercambio de prestaciones y ya dijimos, de estos se puede modificar una o ambas prestaciones. A modo de hipótesis de laboratorio, habría que descartar la modificación única de una de las obligaciones, puesto que al acordarse si lo es del objeto, el nuevo ha de trasplantarse de forma necesaria para responder frente al de la otra obligación invariada. Si -

el contrato contemplara la mutación de las prestaciones de ambas obligaciones cabría la posibilidad de cuestionarse de que una parte lo cumpla introduciendo la nueva prestación mientras que la otra que también consintió no lo haga y exija más bien el cumplimiento de esa nueva prestación. En realidad, si esto verdaderamente sucediera, el caso no es tan absurdo e inimaginable, pero si lo es — cuando se admita la posibilidad de oponer la exceptio al contrato incumplido de modificación ya que limitándose a hacerlo sólo al que originó las obligaciones, según nuestro criterio, aquél vendría a ser ineficaz temporal o definitivamente; temporal, si la parte incumpliente posteriormente acepta cumplir con la nueva prestación; definitivamente, porque la que sí introdujo la modificación, ante la actitud de la contraparte, puede cumplir con la antigua prestación. Ahora bien, para el primer supuesto, sea la temporalidad, admitida la nueva prestación por la parte incumpliente del contrato de — modificación éste se confunde con el originario, es decir, se produce una especie de inserción del mismo en el que se modifica a través del objeto modificado, de ahí que lo normal sea oponer la excepción a éste y no a ése, que simplemente es un medio para lograr el cumplimiento de aquél.

En definitiva, la modificación no viene a cambiar la situación de la exceptio non adimpleti contractus y a la vez ésta no es — obstáculo para que esa se pueda efectuar en ambas o en una de las prestaciones recíprocas; sigue siendo con la modificación tan opo— nible como lo era antes de convenirse ésta, tan sólo al contrato bi— lateral que originó el intercambio de prestaciones.

CONCLUSIONES

- 1º) Que el objeto de la obligación, conforme a las nuevas y modernas orientaciones doctrinales, lo constituye la prestación, entendida ésta como aquella conducta del deudor mediante una forma de actividad, positiva o negativa, encaminada a satisfacer el interés del acreedor y que se traduce en las tres especies que el artículo 1.088 del Código civil señala: dar, hacer y no hacer.
- 2º) Que la prestación, al igual que el contenido de toda la obligación, debe revestir un carácter patrimonial para distinguirla de otros deberes jurídicos extrapatrimoniales y de los morales o sociales que la haga susceptible de una valoración económica, cuando el interés del acreedor versa sobre aquellas cosas sometidas al tráfico jurídico; en el Derecho español, a nuestro entender, el artículo 1271, en forma tácita e indirecta, resuelve el problema de la patrimonialidad, puesto que las cosas que están fuera del comercio de los hombres, aunque valorables económicamente, no afectan la constitución del patrimonio de ninguno de los sujetos de una relación obligatoria.
- 3º) Que la novación es un contrato atípico, oneroso y causal, en el sentido de que encuentra su propia causa en la extinción de la prior obligatio y en el interés en la sustitución de una relación preexistente por una nueva y cuyo efecto principal, la extinción-creación, resulta de una especial clase de convención, portadora, sólo ella, del ánimus novandi.

- 4º) Que el *ánimus novandi* tiene un carácter eminentemente subjetivo, sin que necesariamente deba relacionarse con una manifestación expresa, pues el mismo existe, aún en el caso de que no conste directamente, mediante otros hechos que sucedan entre los sujetos contratantes. La voluntad novativa no declarada expresamente debe averiguarse de la intención que revelan los actos externos cuando éstos lo hagan en forma clara y sin ningún tipo de ambigüedad, y de los mismos concluir, después de un examen ponderado, por la existencia o inexistencia de la novación.
- 5º) Que la incompatibilidad no debe entenderse como querer interno no manifestado expresamente y en el sentido de que las partes quieren someterse a una nueva relación con una nueva prestación, sino como una forma determinante de novación que no hace referencia a ningún carácter de voluntad. En ella, no hay *ánimus novandi*, y la novación resulta del enfrentamiento y comparación de ambas obligaciones, dejándose olvidada la esencialidad del aspecto subjetivo, siendo insuficiente por sí misma, para establecer el llamado *ánimus novandi* tácito.
- 6º) Que la novación a través de su elemento "sustitución" da una idea de discontinuidad entre ambas obligaciones ya que en el nuevo crédito no subsisten las garantías accesorias que reforzaban el anterior que se extinguió ni las excepciones que de éste se derivaban; discontinuidad que se manifiesta únicamente en cuanto a los elementos objetivos y que con relación al crédito se percibe debido a una cierta espiritualización que existe patente en la relación obligatoria precedente y que se traslada para continuar existiendo en la nueva obligación.

Esta espiritualización responde a un sentir subjetivo de los sujetos de continuar obligados en una nueva relación que responde única y exclusivamente a un interés económico que ya existía desde el nacimiento de la que se extinguió.

- 7º) Que el acto novativo es independiente de la condición que afecta a la obligación sin que tenga que cumplirse ésta para tenerlo por válido, pues por sus efectos se puede dar nacimiento a una obligación condicional o pura, sin que se mantenga subsistente la primitiva hasta que se cumpla la condición que la afecta; operado el mecanismo novativo, la condición no asume ningún rol impeditivo que obstaculice la funcionalidad práctica del instituto, quedando, en consecuencia, la condición para los efectos novativos reducida a nada, como si no existiera y afectara a la obligación.
- 8º) Que el elemento nuevo o aliquid novi debe diferir total o parcialmente de alguno de los que componían la antigua obligación y ser de una trascendencia e importancia tales que objetivamente permita distinguir que se está frente a una novación. Siempre ha de ir acompañado del *ánimus novandi* ya que por sí no es suficiente para producirla, y sólo ha de alcanzar a los elementos principales de la obligación para evitar, entonces, un "mero reconocimiento" de la misma relación obligatoria.
- 9º) Que la novación por cambio de objeto implica cambiar el tipo de prestación de la obligación originaria por otra distinta que contiene la nueva, conservando inalterados los restantes elementos de la relación, es decir, cuando una obligación con prestación de dar se transforma en una obliga--

ción con prestación de hacer, o una prestación de no hacer en una de dar, y viceversa para los tres tipos.

109) Que nada excluye que los objetos materiales, que muchas veces constituyen el objeto de la obligación, puedan novarse, sin embargo, pensamos que no son verdadera novación, pues se continúa siempre dentro de un esquema fijo de prestación la de dar; se quedará en estos casos a lo que determine la voluntad de las partes, pero en la simplicidad de la hipótesis, se está en presencia de una modificación del objeto de la prestación y no frente a un cambio total de la relación.

119) Los cambios intrínsecos que se puedan introducir en el crédito, aumentándolo o disminuyéndolo, no extinguen la obligación, subsistiendo ésta en su identidad. Los cambios cuantitativos que aumenten el valor de la prestación no producen novación por cuanto el deudor voluntariamente ha aceptado asumirla y respecto a los fiadores que no hubieren consentido obligarse por el nuevo exceso, continuarán respondiendo por el monto original a que se obligaron, y si asintieren responder por el aumento introducido, en el eventual caso de que tuvieren que hacerle frente a la obligación, al subrogase en los derechos del acreedor, lo harán por el monto nuevo y total y ya no por el que originalmente se habían comprometido. Con el incremento de la obligación, en vez de crearse otra nueva, sólo se viene a reforzar la antigua y misma obligación, sin que el acreedor tenga dos fundamentos para su pretensión, sino un único fundamento, más fuerte y sólido, frente a una única pretensión.

129) Que para establecer la novación por cambio de causa es ne-

cesario aceptar que la causa debendi de una obligación puede cambiarse por otra, es decir, como cambio de un tipo — contractual en donde la misma prestación que antes era debida a raíz de una compra venta se debe ahora a título de depósito ó préstamo, etc. o como sustitución mediante la cual el propio deudor se obliga para con el mismo acreedor con igual objeto pero en virtud de un título distinto.

139) Que para explicar la novación causal no es indispensable recurrir al negocio de mútuo con cuyo mecanismo se produce — un pago y una entrega ficticias, sino que en base a su propia funcionalidad la explicación se encuentra en la causa novandi, entendida ésta como el interés en la sustitución que conduce a facilitar el cumplimiento mediante la transformación y aplicación de una normativa jurídica correspondiente a otra clase de negocio. Esta causa novandi es genérica y sustituye a una causa específica por otra, con la que se crea una — nueva relación causal independiente de la anterior y que es consecuencia natural y contacte del acto novativo, sin que por la nueva obligación se vea desdibujada la naturaleza jurídica de la novación.

140) Que del ingreso de créditos en una cuenta corriente no resulta la novación, por cuanto antes de que sea operada la compensación con las deudas anotadas y una vez que se haga lo mismo con los créditos en los haberes, éstos se extinguen y fusionan en la misma cuenta, creando una masa global; las garantías que los acompañaban serán efectivas y protegerán — hasta antes de su anotación y ocurrido esto, desaparecerán, es decir, se extinguen con el crédito mismo, pasando el con

trato a responder por los mismos durante todo el tiempo que la cuenta esté abierta. El saldo final, el que resulta de la compensación de créditos y deudas, cuando se quiere el cierre de la cuenta, no es más que un resultado económico que sólo tiene importancia para efectos contables.

EN CUANTO A LA NOVACION OBJETIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

- 15º) Que el artículo 1.203 con excepción de su inciso 3º, establece los elementos sobre los cuales la novación se puede producir, siendo necesario para que ésta tenga lugar el concurso del artículo 1.204, a fin de que su efecto extintivo, y no sólo éste, pueda cumplirse.
- 16º) Que en toda alteración esencial de la obligación hay que estarse siempre a la voluntad de las partes, pues no es otro - el resultado que el querido por ellas, quienes son las únicas autorizadas para darle una calificación al pacto llevado a cabo, ya que no siempre, jurídicamente valorada la alteración constituye *ánimus novandi*, por existir otro tipo que ha de extraerse, cuando no consta expresamente, del comportamiento externo de los sujetos y como manifestación de una voluntad y un consenso previamente acordado.
- 17º) Que será la voluntad de las partes la indiciaria de la principalidad de lo alterado porque ésta, fuera de referirse a los elementos estructurales de la relación obligatoria, no puede verse si no es en cada caso concreto no tanto por la significación económica, sino por esa voluntad de querer considerar más importantes que otros alguna de las cláusulas o al-

gún elemento que, inherente a la relación, tiene especial - atención en cuanto al cumplimiento de la obligación.

189) Que la principalidad de las condiciones o elementos que — acompañan y estructuran la relación obligatoria no ha sido indicada en el Código civil exclusivamente con miras a una permitida modificación, sino también para que solo sea ella causativa de la novación, es decir, que señalada la principalidad de las condiciones, la novación tendrá que excluirse de los casos en que la variación afecte condiciones secundarias. Aunque esta conclusión podría decirse no es absoluta por la amplitud de criterio del artículo 1.255, si creemos que esa indicación del artículo 1.203, 1º, es en cierta medida limitativa de la novación y del ánimus novandi, no de la voluntad en general, pues si el legislador la ha indicado fue porque quiso que el ámbito del instituto no fuera del todo lo suficientemente amplio para que cualquier variación - o sustitución fuese tenida productora del efecto extintivo. Esta limitación se palpa más fácil y claramente de un profundo análisis del artículo 1.204.

190) Que al indicar el artículo 1.203 sobre cuales elementos podrá efectuarse la novación, el artículo 1.204 tendrá su aplicación mediante declaración terminante o incompatibilidad, únicamente en aquellas condiciones que revistan nota de - principales, y al estar limitada la novación a condicionados elementos, la voluntad autónoma de las partes expresada en el artículo 1.255, igualmente estará limitada y supeditada al alcance indicativo del artículo 1.203, en base a la misma limitación que dicho precepto impone de que los pactos no - deben ser contrarios a las leyes.

- 20º) Que el *ánimus novandi* es el requisito básico y caracterizador de la novación y su exigencia por el artículo 1.204, mediante una declaración terminante, lo es para evitar las presunciones en esta materia, sin que sea necesaria referencia alguna al término "novación" y como manifestación inequívoca de la intención de las partes para que su voluntad conste con seguridad y no tenga que inducirse de datos poco firmes.
- 21º) Que de la incompatibilidad no se presume una voluntad extintiva puesto que por ella se deduce la existencia de la novación por imposibilidad de coexistencia y cumplimiento de la obligación precedente. No debe entenderse como una forma de expresión de la voluntad de las partes, sino más bien sin entrar en averiguaciones de voluntad, pues en ella no hay ni siquiera *ánimus novandi* implícito, presume la novación en base a los elementos objetivos y a la imposibilidad de coexistencia de ambas obligaciones. Por ello resulta incorrecto hablar de novación tácita ya que incompatibilidad y declaración tácita son dos conceptos autónomos y sin relación alguna.
- 22º) Que la incompatibilidad del artículo 1.204 es indicativa, además, de la novación por cambio de causa, en ausencia de ésta dentro de las condiciones principales que señala el artículo 1.203, 1º, toda vez que resulta por el imposible cumplimiento de la antigua obligación por la nueva que ha nacido cuando ambas corresponden a distinto tipo de negocio jurídico en relación a un mismo objeto y en donde la novación se establece en atención al nacimiento de la nueva obligación que se crea precisamente con una causa distinta de la que le ha servido de fundamento.

23º) Que la incompatibilidad "de todo punto" no resulta de la confrontación de todos y cada uno de los elementos de las obligaciones, sino por la imposibilidad de cumplimiento y coe—xistencia de la obligación precedente con la nueva; muy dife—rente sería la interpretación si en vez de esa "de" empleara el artículo la preposición "en", puesto que entonces la con—frontación de ambas obligaciones sí deberá hacerse en uno por uno de sus elementos.

24º) Que los artículos 1.203, 1º y 1.204, para los efectos de la novación, son inseparables; el primero no es enunciativo de la novación porque no la menciona y se manifiesta solo con —relación a la modificación; el segundo, por sí mismo no la —puede producir porque no es expresivo de los elementos so—bre los cuales puede efectuarse y sin que se pueda extender por más que se quiera, a otros que no estén contemplados por aquél.

EN CUANTO AL CONTRATO DE MODIFICACION OBJETIVA

25º) Que será la voluntad de las partes la que venga a diferenciar la novación de la modificación de las obligaciones, requiriendo para cada una un especial tipo de ánimus, y la consecuenencia final que se obtendrá por el distinto mecanismo que les —es propio, porque mientras la novación es solamente extin—ción y creación de una nueva obligación que sustituye a otra anterior, sin que realmente exista una modificación, que preendica la subsistencia de la obligación, se dirige a sustituir un determinado elemento, el que las partes acuerdan, sin que por ello se extinga la relación.

26º) Que la modificación de las obligaciones a que alude el artícuen

lo 1.203 del Código Civil, en ausencia de una regulación expresa, es permitida, al menos en principio para toda clase de obligaciones, en el Derecho español al amparo de lo establecido en los artículos 3, 1º y 1.255.

- 27º) Que el acto de la asunción de deuda se diferencia de la novación en que si bien ambas instituciones promueven la sustitución del deudor y su liberación, con aquella el contenido de la obligación permanece o resulta inalterado, sin que se provoque su extinción, mientras que con la otra, los resultados son los contrarios, hay extinción de la antigua relación y el nacimiento de otra que además la sustituye.
- 28º) Que el artículo 1.870 del Código civil, a nuestro entender, con relación al contrato de prenda y aparte de la prohibición del uso de la cosa en garantía, constituye una modificación sustancial, única y excepcional, de tipo causal eficiente, ya que por ella se le sustituyen al acreedor las obligaciones de la cosa dada en prenda, cuando sin autorización del dueño hace uso de la misma, por las que derivan del contrato de depósito, toda vez que la ley permite al dueño pedir que ésta se constituya en depósito, sin que por este cambio contractual se deba tener por extinguida la prenda.
- 29º) El terminar si hay modificación o extinción ha de verse preferentemente y por encima de cualquier otra consideración, por la voluntad de las partes. La significación económica por sí sola es insuficiente para arribar a una conclusión que opte por la subsistencia o la extinción de la relación obligatoria; habría un efecto extintivo, desde el punto de —

vista económico, cuando la sustitución de un elemento importante obligatoriamente la aplicación de otras normas jurídicas ajenas, dándose de esta manera una sustitución de la voluntad de las partes y una novación.

30º) Que en la duda ni la voluntad de las partes, la significación económica y mucho menos la justificación de subsistencia de las garantías, son factores que hagan suponer efectos radicales que determinen la extinción o la modificación de las relaciones obligatorias; será siempre, con atención única, la cláusula modificada y la regulación jurídica que ella requiera las que en definitiva vengán a establecer si hay extinción o no, especialmente cuando una vez producida se haga necesario, porque su propia naturaleza lo exige, someterla a una normativa jurídica diferente que tutele los nuevos intereses de las partes, y es a ésta y a su naturaleza jurídica que en la duda ha de suponerse el efecto más débil.

31º) La voluntad de las partes determinará la magnitud de la modificación, atendiendo a un especial tipo de ánimus, sin que ésta, por su quantum o sus cualidades, venga a hacer suponer que se está frente a otra obligación o reliciticia. La identidad del crédito depende de la voluntad de que se siga considerando crédito, respondiendo eso sí, a su misma causa de originación, el interés del acreedor hacia la satisfacción de la prestación, y sólo será aquella la que en todo tiempo configure o no la modificación.

32º) Que por el hecho de que en el Derecho español la modificación arrastre la denominación de "novación", no significa - que la declaración terminante, conforme a los términos del -

artículo 1.204, le sea correlativa, sino que su exigencia, - que es traductora de la voluntad de las partes, viene impuesta por la necesidad de distinguir ésta de la otra institución y para predicar la subsistencia de la obligación. Entonces, se puede decir que la declaración terminante se cubre de - una doble máscara cada una expresiva de un distinto tipo de ánimus.

33º) Que la modificación convencional objetiva encuentra su fundamento en la misma ley, en el artículo 1.255, y aunque esté lisa y llanamente enunciada dentro de las normas de la novación, su independencia y autonomía se obtiene por el principio de libertad contractual, que es la base de todos aquellos que carecen de una normativa propia. Esta seguridad de que su construcción se puede hacer sin necesidad de recurrir a las normas y principios de la novación, la libera - de una forma tal que se hace irrazonable que por un lado conserve y arrastre su denominación, y, por otro, siempre deba verse en función de ésta.

34º) Que la contrariedad del término "novación modificativa" ha impedido hasta el momento el desarrollo de una teoría sobre un contrato que siempre se ha visto subordinado a un efecto más fuerte que no corresponde a su propia naturaleza; y conociendo ahora, dentro del lenguaje jurídico español, que la novación ya en muchos casos no significa extinción, lógico es pensar que lo que no lo es, al menos, no debe llamarse por lo que siempre se ha entendido, y si se predica la - subsistencia modificada de la obligación que continúa viviendo, cualquier alusión a la novación es, además de un contrasentido, una equivocación que requiere inmediata aclaración.

- 35º) La convención modificativa de la prestación o de alguna de las condiciones principales de la obligación es un negocio de disposición que desde el punto de vista económico como jurídico sólo la considera transformada, manteniendo su subsistencia junto con todos sus accesorios, precisamente porque el término modificación no alude para nada a la idea de extinción.
- 36º) La modificación cumple una función de agilización de la obligación que se encuentra estancada por factores extraños - que obstaculizan su cumplimiento; su función va a ser que la obligación se realice por los cauces normales en el tanto de que con ella las partes cuentan con que el cumplimiento es seguro y posible, ya que por sí no tiene por objeto suprimir algún elemento, sino que permaneciendo los objetivos de la relación, quedando en pie, se propone sustituirlos por otros con otras cualidades, seguramente más ventajosas para los interesados, aunque económicamente sean más onerosas que los anteriores, y sin que se varíe por ella la identidad de la obligación.
- 37º) Que la modificación como acto de disposición incide directamente sobre el patrimonio del acreedor y el deudor en un doble aspecto: 1) si representa un aumento o disminución de valor del crédito, éste vendrá a engrosar, conservar o beneficiar el del sujeto que lo recibe o el del sujeto que lo cumple, porque la ley no prohíbe que el acreedor desee beneficiar al deudor como tampoco que éste se obligue pecuniariamente a más de lo debido; 2) cuando es propuesta por el deudor y luego aceptada por el acreedor, en cierta medida se está disponiendo del interés que puede haber tenido éste

en el cumplimiento de la originaria prestación o en el mantenimiento de ciertas condiciones principales que adornaban y protegían su crédito.

- 38º) Que la modificación objetiva en principio se puede realizar sobre cualquier obligación existente, sin que en su esencia estas se vean alteradas y deba considerarse que se está frente a otra; con ella y en muchas ocasiones, también se modifican los derechos accesorios, o se extinguen, aunque esto último sea la excepción al principio de que con la modificación los mismos subsisten, hallándose limitada para aquellas obligaciones de carácter personalísimo, las que las partes acuerden su no modificabilidad y finalmente, las que por disposición de la ley no la admiten.
- 39º) Son elementos esenciales para el contrato de modificación — objetiva: una obligación existente y válida, el ánimus modificativo y un cambio o sustitución de un elemento de la obligación. La obligación existente puede ser condicional o a plazo, anulable, que puede seguir siéndolo pese a la modificación, y también las futuras. El ánimus modificativo le es consustancial y por el que se produce el principal efecto que es la subsistencia modificada junto con los derechos accesorios. El cambio debe significar una novedad y siempre se coloca en supresión por sustitución o adhesión de uno ya existente, y está referido a cualquier modificación, incluso secundaria.
- 40º) Que aunque el contrato de modificación o la modificación misma de las obligaciones no surge de la norma del artículo 1255 puesto que es la del artículo 1203 la que viene a plasmarlo en el Código civil, la primera de ellas no es más que un indicador de la voluntad de las partes y un ordenador de ésta, ya --

que la misma modificación de una obligación válida y existente no puede llevarse a término si no de la misma que ésta se creó, es decir, que se requiere el consentimiento o la concurrencia de la otra voluntad distinta de la del sujeto que la quiere realizar, y esto no se puede lograr si no es a través de un convenio o pacto que lo autoriza el artículo primero - citado. Esta norma no crea aisladamente el contrato de modificación, sino que se limita tan sólo a darle un contenido - al acuerdo de voluntades que se funda en la otra, de ahí que sea necesaria la convergencia entre estos dos artículos por los que la voluntad de las partes llega a ser constructora de un mecanismo que admite la subsistencia de las obligaciones e impide un efecto más grave, que si bien no se puede decir que en la actualidad es obsoleto, pues entre más oportunidades tenga el deudor de lograr extinguir las obligaciones y liberarse de la deuda mejor se puede considerar un ordena-- miento jurídico y también necesario en otros casos como es la novación, aunque en el fondo sólo sea una ficción de la extinción.

- 419) Que la dación en pago no es una modificación objetiva de la obligación, sino que por ella se permite recurrir a otro modo de cumplimiento mediante la entrega de una prestación -- distinta de la debida; la obligación no sufre ninguna mutación ó variación en cuanto al objeto y siempre conserva en todo - momento su integridad inicial. Es un contrato que versa sobre la ejecución de la obligación, y que por situarse en la - última fase de la vida de ésta no sustituye la prestación ni es un subrogado del cumplimiento y permite la extinción mediante una prestación diferente, perfeccionándose en el momento en que conjunta o simultáneamente con el convenio, el deudor

entrega y el acreedor recibe otro bien en lugar del pago.

42º) Que la subsistencia de las obligaciones accesorias a que se refiere el artículo 1.207, no significa que con la novación las mismas quedan pie, en una especie de estado latente esperando que nazca la nueva obligación para transplantarse a ella, sino que se pueden repetir, naciendo otra vez, en el nuevo crédito, es decir, la subsistencia como nacimiento-repetición de las antiguas garantías en la nueva obligación, - ocupando el rango que les corresponde por nacer otra vez. El consentimiento de los terceros - fiadores personales ó - reales con prenda o hipoteca - se puede renovar mientras - no se desmejore o agrave su situación, presumiéndose de esta forma que subsisten; si la novación les perjudica, no están obligados a renovar su consentimiento ni las partes autorizadas para presumir que han de surgir de nuevo.

43º) Que en cuanto a las garantías accesorias con respecto a la - modificación objetiva de la obligación, si en principio no se extinguen, cuando la prestación se ha vuelto más gravosa - pueden encontrarse dos soluciones: 1) El consentimiento del fiador personal o real para garantizar la nueva prestación hasta el monto total de su valor exacto, ampliando de esta - manera la garantía prestada; 2) sin prestar su consentimiento, continuar garantes sólo por el monto del valor de la antigua prestación, inserto en la garantía con oexpresión limi-tiva hasta por la cantidad que responden.

44º) Que la modificación no comporta la sanatoria de la obligación nula que se ha querido tener como fundamento y no puede considerarse que se ha efectuado, al igual que tampoco se po--

dría considerar si por la modificación se introduce un elemento contrario a la moral, la ley o el orden público, puesto que la invalidez del contrato de modificación no se propaga a la obligación; la modificación de una obligación anulable, desconociéndose el vicio, continúa teniendo la anulabilidad, por lo que si se impugna, el contrato queda ineficaz e inválido, salvo que posteriormente y en forma separada se accione convalidando el negocio viciado; conociéndose el vicio, la modificación puede además servir de vehículo de purificación de toda la obligación, por sí mismo o acompañado de la voluntad del legitimado para la impugnación de querer la validez del negocio.

- 45º) La modificación objetiva de una obligación prescrita no tiene otra finalidad, aparte de introducir un cambio, que una renuncia de la prescripción ganada y aunque falta una obligación existente, la ausencia se suple automáticamente por el reconocimiento que se hace de la misma por la modificación para que sea ésta a la vez válida, implicando además un abandono de la ventaja procurada y un nuevo período de prescripción igual al extinguido. La efectuada en curso de la prescripción no hace otra cosa que interrumpirla, produciendo también un reconocimiento de la obligación por el deudor.
- 46º) Que en el contrato sinalagmático con obligaciones recíprocas para cada una de las partes pueden modificarse una ó ambas, según sea la voluntad de los contratantes, siendo oponible la exceptio non adimpleti contractus cuando alguna de las partes, por la modificación, acelera el cumplimiento de la otra sin haber ella todavía comenzado a desarrollar la actividad que le corresponde para el cumplimiento de la su-

ya, puesto que la modificación no viene a cambiar la situación de la exceptio, que sigue siendo tan oponible como lo era antes de modificarse el contrato bilateral.

- ARIAS RAMOS, J. Derecho romano (Editorial Revista de Derecho Privado, 9ª ed., Madrid, 1963,) II.
- AURICCHIO, ALBERTO Appunti sulla prescrizione (Jovene, Napolo, 1971.)
- AZURZA, P. J. Notas sobre novación, en Revista de Derecho Privado, 1950, pp. 590-615.
- BARASSI, LUDOVICO La teoría generale delle obbligazioni (Giuffre, 2ª ed. aumentata, Milano, 1948), tomos I, II y III.
- BARBIERA, LELIO Garanzia del credito e autonomia privata (Jovene, Napoli, 1971)
- BARCELLONA, PIETRO Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1965, pp. 11-79.
- BIANCA, MASSIMO C. Il debitore ei mutamenti del destinatario del pagamento (Giuffre, Milano, 1963).
- BIGIAVI, WALTER Novación y Sucesión en la deuda a título particular en el nuevo Código Civil italiano, en Revista de Derecho Privado, 1943, pp. 488-508.

- BONET, RAMON. Comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1947, en *Revista de Derecho Privado*, — 1947, pp. 687-689.
- BONFANTE, PEDRO *Instituciones de Derecho romano* Reus, 3ª ed., Madrid, 1965)
- BONIFACIO, FRANCO *La novazione nel diritto romano* (Jovene, 2ª ed, Napoli, 1959)
- BRANCA, GIUSEPPE *Istituzioni di Diritto privato* — (Zanichelli, 6ª ed., Bologna, — 1975)
- BRENES CORDOBA, ALBERTO *Tratado de las obligaciones y contratos* (Librería e imprenta Lehmann, 2ª ed., San José, Costa Rica, 1936).
- BRUGI, BIAGIO *Instituciones de Derecho civil* (Unión Tipográfica Editorial — Hispano-Americana, México, — 1946).
- BUCCISANO, ORAZIO *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi* (Giuffrè, Milano, 1968)
- CARBONNIER, JEAN *Derecho civil* (Bosch, Barcelona 1971), Tomo II, vol. III.
- CARIOTA FERRARA, LUIGI *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (Morano, Napoli, s/a).

- CATAN TOBEÑAS, JOSE Derecho civil español, común -
y foral (Reus, 10ª ed. Madrid,
1967), Tomo III.
- CERTAD, GASTON Breves apuntes en tema de su-
cesión en el débito (expromisión
delegación-"acollo"), en Revis
ta Judicial, 1978, San José, Cos
ta Rica, pp. 9 y ss.
- CICALA, RAFFAELE Il negozio di cessione del con--
trato (Jovene, Napoli, 1962)
- CICU, ANTONIO L'obbligazione nel patrimonio
del debitore (Giuffrè, Milano, -
1948)
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE Instituciones de Derecho civil
(Artes Gráficas San Martín, Ma-
drid, 1959), tomo II.
- Curso elemental de Derecho ci-
vil español, común y foral (Li-
brería general de Victoriano -
Suárez, Madrid, 1926), tomo VI
parte general.
- CLEMENTE DE DIEGO, FELIPE
y
NAVARRO DE PALENCIA, J. Mª Efectos novatorios de un contra-
to, en Revista de Derecho priva
do, 1914, pp. 471-489.
- CODACI PISANELLI, GIUSEPPE Ampiezza del concetto di novazio-
ne, en Rivista italiana per le scien

ze giuridiche, 1950, pp. 315-385.

COLIN, A y CAPITANT, H.

Curso elemental de Derecho civil (Reus, 4ª ed., Madrid, 1960, tomo III.

CRISTOBAL-MONTES, ANGEL

La llamada novación modificativa en el Derecho civil español, en Revista Crítica de Derecho - Inmobiliario, 1973, pp. 1167-1217.

DE BUEN, DEMOFILO

Traducción y notas a Curso Elemental de Derecho civil de Colin y Capitant (Reus, 4ª ed., Madrid 1960), tomo III.

DE CERVERA, ALEJO

En torno al futuro de la novación, en Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Federico de Castro - (Tecnos, Madrid, 1976), pp. 451 y ss.

DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO

La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1945, pp. 187-206.

Instituciones de Derecho civil -- (Alianza Editorial, Madrid, 1977), Tomo I.

DE CUPIS, ADRIANO

Istituzioni di Diritto privato (Giuff

- fre, Milano, 1975) Tomo II.
- DE FERRA, GIAMPAOLO Sulla contitolarità del rapporto
obbligatorio (Giuffrè, Milano, -
1967)
- DE HARO, CARLOS L. Cesión del crédito hipotecario,
en Revista General de Legisla-
ción y Jurisprudencia, 1930, pp.
492-509.
- DE RUGGIERO, ROBERTO Instituciones de Derecho civil -
(Reus, S. A., Madrid, 1977) Tomo
II, vol. I.
- DIAZ PAIRO, ANTONIO Introducción al Derecho de Obli-
gaciones (Librería Temis, La Ha-
bana, 1943), Vol. II.
- DIEZ PICAZO, LUIS Lecciones de Derecho civil (Fa-
cultad de Derecho, Universidad -
de Valencia, 1967), tomo II.
- Estudios sobre la jurisprudencia
civil (Tecnos, Madrid, 1973), Vo-
lumen I.
- DIEZ PICAZO, LUIS y
GULLON, ANTONIO Sistema de Derecho civil (Tecnos
2ª reimp., Madrid, 1978). Vol. II
- Sistema de Derecho civil (Tec-
nos, Madrid, 1977), vol. III, De-
recho de cosas.

DISTASO, NICOLA

Rassegna di giurisprudenza. Modificazioni soggettive e oggettive dell'obbligazione, en Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1967, I pp. 428 y ss. y 528 y ss.

DONISI, CARMINE

Il problema dei negozi giuridici unilaterali (Jovene, Napoli, 1972)

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF

Tratado Derecho civil (Bosch, 2ª ed., al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1954), Tomo - II, vol. I, ENNECCERUS-LEHMANN, Derecho de obligaciones.

ESCOBAR, ELOY

El contrato de cuenta corriente y, en especial, sus caracteres de novación e indivisibilidad, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1942, pp. 280 y ss.

ESPIN CANOVAS, DIEGO

La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta, en Revista de Derecho Privado, 1965, pp. 469-486.

Manual de Derecho civil español, (Editorial Revista de Derecho Privado, 5ª ed., Madrid, 1978), Vol. III.

Sobre el pago con subrogación,

- en Revista de Derecho Privado,
1942, pp. 300-326.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ,
CARLOS R. Naturaleza jurídica de la dación
en pago, en Anuario de Derecho
civil, 1957, pp. 753 y ss.
- FONCILLAS, JOSE M^a La cesión del arrendamiento y el
problema de su realidad, en Re-
vista de Derecho Inmobiliario,
1928, pp. 671-681.
- FREZZA, PAOLO Animus novandi, en Studi in onore
di B. Boindi (Giuffrè, Milano, 1965)
I, pp. 227-267.
- GARCIA AMIGO, MANUEL Transmisión de las relaciones --
obligatorias nacidas de un contra-
to, en Revista de Derecho Priva-
do, 1963, pp. 25-45.
- GARCIA GOYENA, FLORENCIO Febrero reformado (Imprenta y -
Librería de Gaspar y Roig, Madrid
1852) Tomos II y III.
- Concordancias, motivos y comenta-
rios del Código civil español (Im-
prenta de la sociedad Tipográfico-
Editorial, Madrid, 1852) Tomo III.
- GARCIA VALDECASAS,
ALFONSO La sucesión en las deudas a título
singular, en Estudios de Derecho

- civil en honor del Prof. Castán - Tobeñas (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969), II, pp. 207-226.
- GARRIGUES, JOAQUIN Curso de Derecho Mercantil (Imprenta Aguirre, 6ª ed., Madrid, 1974), tomo II.
- GIARDINA, CAMILLO Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto intermedio (Giuffrè 3ª rist., Milano, 1952).
- GONZAGA, N. TOLENTINO Extinção das obrigações (Livreria Francisco Alvez, Rio de Janeiro, 1925).
- GONZALEZ PALOMINO, JOSE La adjudicación para el pago de - deudas, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1943, I, pp. 213-327.
- GIORGIANNI, MICHELE voz Obbligazioni (Diritto Privato) en Novissimo digesto italiano, XI, pp. 581-614.
- HEDEMANN, J. W. Tratado de Derecho civil (Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958, Vol. III.
- HERNANDEZ GIL, ANTONIO El problema de la patrimonialidad de la prestación, en Revista de Derecho Privado, 1960, pp. 273-278.

- Derecho de obligaciones (Suc. de Rivadeneyra, S. A. , 2ª reimp. Madrid, 1976).
- El ámbito de la novación modificativa, en Revista de Derecho Privado, 1961, pp. 797-807.
- Dictámenes (Suc. de Rivadeneyra S. A. , Madrid, 1968), I.
- IGLESIAS, JUAN Drecho romano. Instituciones de --
Derecho privado (Ariel, 6ª ed. ,
Barcelona, 1972).
- JORDANO BAREA, JUAN
BAUTISTA Comentario a la Sentencia de 10
de Febrero de 1950, en Anuario --
de Derecho civil, 1950, pp. 1372-
1382.
- JORS, P. -KUNKEL, W. Derecho privado romano (Ed. La-
bor, S. A. 2ª reimp. , Barcelona,
1966)
- JOSSERAND, LOUIS Derecho civil (Ediciones Jurídicas
Europa-América, Bosch, Bue-
nos Aires, 1950), Tomo II, vol. I
- LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS Elementos de Derecho civil (Li-
brería Bosch, Barcelona, 1977) To-
mo II, vol. I.
- LARENZ, KARL Derecho de Obligaciones (Edito--

rial Revista de Derecho Privado
Madrid, 1958, Tomo I.

LOZANO BERRUESO, CASTORA

La novación en el Código civil, en
Revista de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Madrid, 1959
pp. 183 y ss.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE
MARIA

Comentarios al Código civil espa-
ñol (Imprenta de la Revista de Le-
gislación, 2ª ed. , Madrid, 1907),
tomo VIII.

MARKOVITS, INGA

Il diritto civile tra socialismo e —
ideologia borghese nella Repubbli-
ca Democratica Tedesca (Jovene,
Camerino, 1978)

MAZEAUD, H. y L. y MAZEAUD, J.

Lecciones de Derecho civil (Edi-
ciones Jurídicas Europa-América,
Buenos Aires, 1960), Parte II, volú-
menes I y III.

MENGONI, LUIGI

L'oggetto della obbligazione, en —
Jus, 1952, pp. 156-186.

MERINO HERNANDEZ, JOSE LUIS

La dación en pago, en Revista de De-
recho Notarial, 1975, pp. 75-102.

MICCIO, RENATO

Comentario del Codice civile (UTET

- Torino, 1966), Libro IV, tomo I, -
Delle obbligazioni en generale.
- MORENO MOCHOLI, MIGUEL Comentarios al Código civil por
José María Manresa y Navarro
(Reus, S. A. , 6ª ed. , Madrid, 1967)
Tomo VIII, vol. I.
- NATOLI, UGO L'attuazione del rapporto obbliga-
torio (Giuffrè, Milano, 1974), Tomo
I, Il comportamento del creditore.

L'attuazione del rapporto obbliga-
torio (Giuffrè, Milano, 1967), Tomo
II, Appunti delle lezioni.
- NUÑEZ LAGOS, RAFAEL Cesión de Contrato, en Revista de
Derecho Notarial, 1956, pp. 7-33.
- ORTOLAN, M. Compendio del Derecho romano (Ed
Atalaya, Buenos Aires, 1947).
- PANUCCIO, VINCENZO La cessione volontaria dei crediti
nella teoria del trasferimento (Giuf-
frè, Milano, 1955).
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS,
MANUEL El anteproyecto del Código civil es-
pañol (1882-1888), en Centenario
de la Ley del Notariado, Madrid, —
1965, Sección IV, vol. I.

Antecedentes del Código civil vigen-
te, en Anuario de Derecho civil, —
1965, pp. 911-920.

PEREZ VARGAS, VICTOR y otros.

Jurisprudencia civil de la Sala de Casación 1950-1975 (Ed. Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, San José, Costa Rica, 1977).

PEREZ GONZALEZ, B. y
ALGUER, J.

Traducción y notas al Derecho de Obligaciones de Enneccerus-Lehmann del Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Lehmann-Kipp-Wolff (Bosch, 2ª ed. al cuidado de José Puig Brutau, Barcelona, 1954) Tomo II, vol. I.

PERLINGIERI, PIETRO

Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni (Jovene, Camerino, 1972), 2

PERSICO, GIOVANNI

L'eccezioni d'inadempimento (Giuffrè, Milano, 1955).

PLANIOL, M. y RIPERT, G.

Tratado elemental de Derecho civil (Ed. Cajica, México, 1945), vol. VI.

PLANITZ, HANS

Principios de Derecho Privado germánico (Bosch, Barcelona, 1957)

POTHIER, R. J.

Tratado de las obligaciones (Ed. — Atalaya, Buenos Aires, 1947).

Tratado de los contratos (Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1948), Tomo I.

- PUGLIATI, SALVATORE voz Animus, en Enciclopedia del -
Diritto (Giuffrè, Milano, 1958) vol.
II, pp. 437-460.
- PUIG BRUTAU, JOSE Fundamentos de Derecho civil (Bosch,
2ª ed. Barcelona, 1976) Tomo I, vol.
II.
- PUIG PEÑA, FEDERICO Tratado de Derecho civil español
(Editorial Revista de Derecho Priva-
do, Madrid, 1946), Tomo IV, vol. I.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
Diccionario de la Lengua, 19ª ed.
Madrid, 1970.
- RESCIGNO, PIETRO Manuale del Diritto privato italiano
(Jovene, 3ª ed., Napoli, 1977)
voz Novazione (Dirittocivile), en No-
vissimo digesto italiano, XI, pp. 431-
438.
voz Debito (Successione nel), en No-
vissimo digesto italiano, V, pp. 191,
197).
- REVERTE NAVARRO, ANTONIO
Los términos de gracia en el cumpli-
miento de las obligaciones (Editorial
Revista de Derecho privado, Madrid,
1975)
- REYES MONTERREAL, JOSE Mª
Esencia de la novación, en Revista -

Jurídica de Cataluña, 1960, pp. 601-609.

RODOTA, STEFANO

voz Dazione in pagamento (Diritto - Civile), en Enciclopedia del Diritto (Giuffrè, Milano, 1962), pp. 734-740.

SANCHEZ ROMAN, FELIPE

La codificación civil en España (Establecimiento tipográfico "sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1890).

SANCHO REBULLIDA,
FRANCISCO DE A.

La novación de las obligaciones (Ed. Nauta, S. A., Barcelona, 1964)

Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1971, pp. 663-681.

SCAEVOLA, QUINTUS MUCIUS

Código civil (Legislación española, casa editorial, Madrid, 1902), Tomo XIX.

SCHLESINGER, PIERO

Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio, en Rivista trimestrale di Diritto e Procedura - civile, 1959, pp. 1273, y ss.

Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva, en Rivista di Diritto civile, I, 1958, pp. 353-384.

- | | |
|--------------------|--|
| SEMPER, FRANCISCO | Derecho romano (Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1975) |
| TORRENTE, ANDREA | Manuale de Diritto Privato (Giuffrè, 9ª ed., Milano, 1975). |
| TRABUCCHI, ALBERTO | Istituzioni di Diritto civile (CEDAM 22ª ed., Padova, 1977). |
| TRIMARCHI, PIETRO | Istituzioni di Diritto privato (Giuffrè 3ª ed., Milano, 1977). |
| URIA, RODRIGO | Derecho Mercantil (Imprenta Aguirre 11ª ed., Madrid, 1976). |
| VELASCO ALONSO, A. | La teoría sobre novación de valores mobiliarios, en Revista de Derecho Mercantil, 1952, pp. 7-38. |
| VON TUHR, A | Tratado de las obligaciones (Ed.Reus S. A., Madrid, 1934) Tomos I y II. |
| WOLFF, MARTIN | Derecho de Cosas, en el Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff (Bosch, 3ª ed., Barcelona, 1971), Tomo III, volúmenes 1º y 2º. |

CUERPOS LEGALES CONSULTADOS

Código civil español

Ley de Enjuiciamiento civil española

Código civil costarricense

Código de comercio costarricense

Código de Familia costarricense

Código civil alemán

Código civil francés

Código civil italiano de 1942

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de España

Jurisprudencia de la Sala de Casación de Costa Rica

Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Costa Rica

INDICE GENERAL

	<u>Página</u>
Introducción	I
 <u>CAPITULO PRIMERO</u>	
<u>PARTE PRIMERA</u>	
<u>LA NOVACION OBJETIVA EN EL DERECHO</u>	
<u>POSITIVO Y EN LAS LEGISLACIONES EX-</u>	
<u>TRANJERAS</u>	
1. - El objeto de la obligación	1
2. - Requisitos de la novación	9
A) Animus novandi	21
B) Sustitución de una obligación por otra	31
C) El elemento nuevo o aliquid novi	46
3. - El cambio o variación en el objeto	49
4. - El cambio de la causa en la obligación preexis-	
tente.	58
5. - Derecho extranjero.	69
A) Alemania	69
B) Francia	73
C) Italia	79
D) Costa Rica	83
 <u>PARTE SEGUNDA</u>	
<u>LA NOVACION OBJETIVA EN EL DERECHO</u>	
<u>CIVIL ESPAÑOL</u>	
1. - Los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil	96

	<u>Página</u>
A) La variación del objeto y las condiciones principales	98
B) El <i>ánimus novandi</i>	108
C) La incompatibilidad y novación tácita	115
2. - Posición de la doctrina y jurisprudencia y su delimitación de la modificación objetiva.	122
3. - Nueva interpretación de los artículos 1.204 y 1.204 del Código civil.	137

CAPITULO SEGUNDO

PARTE PRIMERA

LA MODIFICACION DE LAS OBLIGACIONES Y EL CONTRATO DE MODIFICACION

1. - El artículo 1.203 del Código civil español	143
2. - Opinión de la doctrina	161
3. - Posibilidad de modificación de las obligaciones en el Derecho costarricense	187
4. - El contrato de modificación como figura autónoma e independiente.	195
A) Naturaleza y extensión	202
B) Elementos o requisitos	219
C) Prevalencia de la voluntad de las partes y su fundamento en el artículo 1.255 del Código civil	222

PARTE SEGUNDA

LA DACION EN PAGO

1. - Concepto y naturaleza	228
2. - Su relación con la novación y la opinión de la doctrina.	241

	<u>Página</u>
3. - Diferencia con la Cesión de bienes	247
4. - Crítica	251

CAPITULO TERCERO

PARTE PRIMERA

<u>PROBLEMATICA DE LAS GARANTIAS Y</u> <u>DERECHOS ACCE SORIOS</u>	256
1. - Interpretación del artículo 1. 207 del Código civil	258
2. - Su permanencia en cuanto al contrato de modifica <u>ción</u>	268
3. - El artículo 820 del Código civil de Costa Rica.	275

PARTE SEGUNDA

<u>VICIOS Y EXCEPCIONES AL CONTRATO</u> <u>DE MODIFICACION OBJETIVA</u>	279
1. - El artículo 1. 208 del Código civil español.	280
A) Nulidad	281
B) Anulabilidad	287
2. - La prescripción de la obligación	297
3. - La exceptio non adimpleti contractus.	301
<u>CONCLUSIONES</u>	308
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	326
<u>CUERPOS LEGALES CONSULTADOS</u>	342
<u>INDICE GENERAL</u>	343